الضمانات الفقهيّة و أسبابها

سماحة العلامة آية الله
محمد آصف المحسني

الضمانات الفقهية وأسبابها

تأليف

محمّد آصف المحسن




بسم الله الرحمن الرحیم

محسنى، محمّد آصف، ١٣١٤ -
الضمانات الفقهية واسبابها / تاليف محمد آصف محسنى. ـ قم: پيام مهر، ١٣٨٢.
٣٦٤ص.
ISBN: 964-9456-5-8 ٢٠٠٠٠ ريال.

عربى.
فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيبا.
١. عقد ضمان. الف. عنوان.
٨ض٣م/١/١٩٢ BP ٢٩٧/٣٧٢

كتابخانه ملى ايران ٨٢م-٩٤٤٥

هوية الكتاب

العنوان:	الضمانات الفقهية وأسبابها
المؤلف:	محمد آصف المحسني
الناشر:	پيام مهر
الطعبة:	الاولى ١٣٨٢
المطبعة:	قدس
ليتواغرافي:	اعتماد
الكمية:	٢٠٠٠ نسخة
السعر:	٢٠٠٠ تومان
تنضيد الحروف والإخراج:	قاسم البطاط

شابك: ٨-٥-٩٤٥٦-٩٦٤ ISBN: 964-9456-5-8

قم: صندوق البريد: ٣٧١٦٦٨٥٨٣٣ هاتف: ٢٩٣٧٠٦٢

محتويات الكتاب

١ ـ المقدمة ١٣
٢ ـ صحة الضمان واقسامه ١٣
٣ ـ اسباب الضمان ١٤
٤ ـ اشتقاق الضمان ومعناه ١٩
٥ ـ شرط الإيجاب والقبول في الضمان العقدى ٢٠
٦ ـ الروايات المعتبرة الواردة في الضمان ٢٢
٧ ـ عدم اعتبار رضى المضمون عنه ٢٥
٨ ـ شرط البلوغ والعقل في الضمان والمضمون له ٢٦
٩ ـ بطلان ضمان المكره والمحجور ٢٧
١٠ ـ البحث حول اعتبار التنجيز في الضمان العقدي ٢٩
١١ ـ تقسيم السيد الخوئي والسيد السيستاني الضمان ٣١
١٢ ـ معنى الضمان في الأعيان الخارجية عند الاستاذين ٣٤
١٣ ـ اعتبار ثبوت المضمون في الذمة قبل الضمان ونظر الماتن ٣٦
١٤ ـ ان لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه ٣٩
١٥ ـ حول اعتبار امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه ٤٠
١٦ ـ حول العلم بمقدار الدين وجنسه ٤١
١٧ ـ نقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ٤٣
١٨ ـ هل تشتغل ذمم متعددة بمال واحد ٤٥
١٩ ـ معنى كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة ٤٦

٢٠ ـ إذا أبرء المضمون له... ٤٧
٢١ ـ لزوم عقد الضمان وخيار الاعسار ٤٨
٢٢ ـ قاعدة لا ضرر لا تثبت خيار ابل ترفع اللزوم ٥٠
٢٣ ـ هل يصح شرط الخيار في الضمان ٥١
٢٤ ـ حول ضمان الدين حالا ومؤجلاً ٥٧
٢٥ ـ الأجل للضمان لا للدين ٥٨
٢٦ ـ ضمان المؤجل وموت الضامن ٥٩
٢٧ ـ إذا ضمن الدين المؤجل باقل من اجله ٦٠
٢٨ ـ إذا ضمن بغير اذن المضمون عنه ٦١
٢٩ ـ معنىٰ احترام مال المسلم ٦٣
٣٠ ـ الاستيفاء بمطلق الأمر يوجب الضمان ٦٤
٣١ ـ الاستيفاء للفاعل دون الآمر لا يوجب الضمان ٦٤
٣٢ ـ متى يرجع الضامن على المضمون عنه؟ واحتمالات المقام ٦٥
٣٣ ـ فوائد نافعة ٦٩
٣٤ ـ لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو.. ٧٠
٣٥ ـ لو باعه او صاحله المضمون له بما يسوى أقل.. ٧٠
٣٦ ـ اذا دفع المضمون عنه إلى الضامن قبل الاداء ٧١
٣٧ ـ لو قال الضامن ادفع عنى إلى المضمون له ما علي ٧٢
٣٨ ـ المسألة ١٨ و٢٩ من العروة ٧٤
٣٩ ـ يجوز أن يضمن الدين بأقل منه ٧٤
٤٠ ـ يجوز الضمان بغير جنس الدين ويشرط الرهن ٧٦
٤١ ـ حول فك الرهن على الدين ٧٧
٤٢ ـ اشتراط الضمان في مال تعين ٧٨
٤٣ ـ الفرق بين التقييد والشرط وكلام السيد الحكيم ٧٩
٤٤ ـ فرق حق الرهانة عن حق الجناية ٨٠
٤٥ ـ إذا ضمن اثنان او ازيد عن واحد ٨٢
٤٦ ـ اقوال المسألة ٨٤
٤٧ ـ إمكان ضمان العين الخارجية ٨٦

٤٨ ـ إذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما على الآخر ٨٦
٤٩ ـ عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدين ٩٠
٥٠ ـ لو قال الضامن: علي ما تشهد به البينة ٩١
٥١ ـ جواز الدور في الضمان ٩٢
٥٢ ـ الضمان من طرف الخمس أو الزكاة ٩٣
٥٣ ـ الضمان عن المديون إذا كان دينه زكاة أو خمساً ٩٤
٥٤ ـ الضمان عن المدين في مرض موته ٩٥
٥٥ ـ لا يصح الضمان عما يعتبر فيه المباشرة ٩٦
٥٦ ـ حكم ضمان نفقة الزوجة والا قارب ٩٦
٥٧ ـ ضمان مال الجعالة قبل اداء العمل ١٠٢
٥٨ ـ جواز ضمان الاعيان المضمونة ١٠٢
٥٩ ـ ضمان درك الثمن ١٠٦
٦٠ ـ صحة ضمان ما يحدثه المشتري ١٠٩
٦١ ـ ان قيل ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه ١١١
٦٢ ـ فائدة مهمة ١١٣
٦٣ ـ صور النزاع واحكامها في ضمن مسائل ١١٤
٦٤ ـ لو اذن المديون في وفاء دينه لغيره ١١٩
٦٥ ـ تكلمة الماتن حول الشرط الثامن ١٢٠
٦٦ ـ ضمان الحوالة وفرقها عن الضمان ١٢٢
٦٧ ـ ضمان المعاوضة ١٢٣
٦٨ ـ ضمان العقود المعاوضية ١٢٦
٦٩ ـ الضمان بالعقد الفاسد وقاعدة ما يضمن بصحيحه . . . ١٢٧
٧٠ ـ تضعيف على اليد ما أخذت.. سنداً ودلالة ١٢٩
٧١ ـ حول المقبوض بالعقد الفاسد ١٣١
٧٢ ـ الضمان بالاستيلاء ١٣٣
٧٣ ـ حول الضمان بالسوم ١٣٤
٧٤ ـ الضمان بالاتلاف ١٣٥
٧٥ ـ ضمان بالغرور ١٣٧

٧٦ ـ الضمان بالتفويت دون الفائت ١٣٧
٧٧ ـ حول ضمان منافع الحر ومنافع الاعيان ١٣٩
٧٨ ـ فروع نافعة ١٤٠
٧٩ ـ هل غصب الأمة الحامل غصب لحملها؟ ١٤٢
٨٠ ـ تحديد الضمان بالاستيلاء ١٤٣
٨١ ـ كيفية ضمان ساكن الدار مع مالكه ١٤٥
٨٢ ـ الضمان بالتسبيب ١٤٧
٨٣ ـ حول ضمان المكره (بالفتح) ١٤٨
٨٤ ـ مصاديق ضمان التسبيب ١٤٩
٨٥ ـ تعريف السبب ومصاديقه ١٥١
٨٦ ـ اجتماع السبب والمباشر ١٥٤
٨٧ ـ اجتماع السببين ١٥٥
٨٨ ـ تقديم الطعام الى الجاهل وضمان المكره ١٥٦
٨٩ ـ لو ارسل في ملكه ماء.. ١٥٩
٩٠ ـ لو غصب شاة فمات ولدها جوعا ١٦١
٩١ ـ لو فك القيد من الدابة فشردت أو القى أحداً في مسبعة ١٦٢
٩٢ ـ احكام المغصوب وتعسر الرد على الغاصب ١٦٤
٩٣ ـ لو ادرج لوحا مغصوباً في سفينة ١٦٥
٩٤ ـ لو خاط ثوبه أو جرحه بخيوط مغصوبة ١٦٧
٩٥ ـ لو حدث في المغصوب عيب ١٦٨
٩٦ ـ لا يضمن الغاصب تفاوت القيمة ١٦٩
٩٧ ـ القيمي والمثلي ١٧١
٩٨ ـ النصوص الواردة في ضمان القيمة ١٧٤
٩٩ ـ معنى المثلى والقيمي ١٧٥
١٠٠ ـ الضابطة عند الشك ١٧٦
١٠١ ـ فروع خمسة نافعة ١٧٧
١٠٢ ـ ضمان القيمي التالف بالقيمة ١٨٠
١٠٣ ـ الملاك في تعيين القيمة ونقل الاقوال ١٨٠

١٠٤ ـ ارش الحيوان ١٨٣
١٠٥ ـ بدل الحيلولة ١٨٤
١٠٦ ـ توضيح وتقسيم وفروع بدل الحيلولة ١٨٦
١٠٧ ـ نظر الشيخ الانصاري في حق الاختصاص ١٨٨
١٠٨ ـ فروع اخرى للغصب ١٨٩
١٠٩ ـ اذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب ١٩٦
١١٠ ـ إذا غصب دهناً فخلطه بمثله ١٩٧
١١١ ـ فوائد المغصوب ١٩٨
١١٢ ـ لو زادت قيمة المغصوب لزيادة صفة ١٩٩
١١٣ ـ ضمان المشتري ما قبضه بالعقد الفاسد ٢٠١
١١٤ ـ فرض جهل المشتري بالغصبية ٢٠٢
١١٥ ـ اذا غصب حبا فزرعه أو بيضا فاستفرخه ٢٠٤
١١٦ ـ لو غصب ارضا فزرعها ٢٠٧
١١٧ ـ إذا حصلت الدابة في دار لا يمكن ان تخرج إلّا بهدم ٢٠٨
١١٨ ـ إذا نقل المغصوب فى غير بلد الغصب ٢٠٩
١١٩ ـ في مسائل النزاع والترافع في فروع عديدة ٢١١
١٢٠ ـ المتيقن من الرد هو التخلية دون الايصال ٢١٦
١٢١ ـ لو مزج المغصوب بما يمكن تمييزه بمشقة... ٢١٧
١٢٢ ـ فروع اخرى للغصب وتعدد منافع المغصوبة ٢١٨
١٢٣ ـ اختلاف قيمة النقد الرائج ٢١٩
١٢٤ ـ تعاقب الايدي ٢١٩
١٢٥ ـ صبغ المغصوب ومزجه بغيره او امتزاجه ٢٢١
١٢٦ ـ ضمان الطبيب وفروعه ٢٢٤
١٢٧ ـ هل تضمن الظئر إذا انقلبت على الطفل وحكم غير الظئر ٢٢٧
١٢٨ ـ إذا عنف الرجل بزوجته ٢٣٠
١٢٩ ـ اذا كسر الحامل متاعا ٢٣١
١٣٠ ـ نقل الروايات المعتبرة ٢٣٢
١٣١ ـ الجمع بين الروايات ٢٣٦

١٣٢ ـ من صاح على احد فمات	٢٣٦
١٣٣ ـ ضمان الطالب ديته المطلوب الاعمى	٢٣٨
١٣٤ ـ لو خوف حاملاً فاجهضت	٢٣٨
١٣٥ ـ لو صدم شخص غيره بقصد القتل	٢٣٩
١٣٦ ـ إذا اصطدم حران بالغان	٢٤٢
١٣٧ ـ فروع اخرى	٢٤٢
١٣٨ ـ لو وقع من علو على غيره فقتله	٢٤٧
١٣٩ ـ لو ركبت جارية جارية فنخستها	٢٤٨
١٤٠ ـ من دعا غيره ليلا..	٢٥٠
١٤١ ـ إذا جاءت الظئر بالولد وانكره أهله	٢٥٠
١٤٢ ـ اربعة شربوا مسكرا...	٢٥١
١٤٣ ـ ستة في الماء فغرق فغرق منهم رجل	٢٥٢
١٤٤ ـ تعريف السبب وبحث الاسباب	٢٥٤
١٤٥ ـ لو وضع حجراً في ملكه..	٢٥٥
١٤٦ ـ فروع حول الطريق والمكان	٢٥٦
١٤٧ ـ إذا وقع غلام في بئر..	٢٥٨
١٤٨ ـ إذا حفر بئرا..	٢٥٩
١٤٩ ـ فروع.. وفروع حول الحائط	٢٦٣
١٥٠ ـ ضابط الضمان	٢٦٦
١٥١ ـ جواز نصب الميازيب	٢٦٦
١٥٢ ـ حكمه في الطريق المرفوعة وفرض سقوط الميزاب	٢٦٧
١٥٣ ـ لو أجج نارا في ملكه	٢٦٨
١٥٤ ـ لو بالت دابته في الطريق او اسال الماء فيها	٢٧٠
١٥٥ ـ لو وضع إناءا على حائطه...	٢٧١
١٥٦ ـ وجوب حفظ الدابة المرسلة والمغرة	٢٧٢
١٥٧ ـ فروع حول الحيوان الصائلة	٢٧٤
١٥٨ ـ لو جنت دابته على الاخرى	٢٧٦
١٥٩ ـ لو عقر الكلب من دخل دار غيره	٢٧٧

١٦٠ ـ ضمان راكب الدابة وقائدها وسائقها ٢٧٧
١٦١ ـ لو دخلت دابة زرع احد وحكم اركاب الصبى ٢٨٢
١٦٢ ـ تقدم المباشر على السبب ٢٨٣
١٦٣ ـ من غطى بئرا حفرها ٢٨٣
١٦٤ ـ لو اجتمع سببان ضمن من سبقت الجناية بسببه ٢٨٥
١٦٥ ـ لو سقط حجر بالسيل.. على طرف البئر المحفورة.. ٢٨٦
١٦٦ ـ لو قال ألق متاعك في البحر.. ٢٨٨
١٦٧ ـ فروع ثلاثة ٢٨٩
١٦٨ ـ لو امر شخصا بالقاء متاع في البحر وقال.. ٢٩١
١٦٩ ـ إذا وقع من شاهق.. ٢٩٢
١٧٠ ـ لو جذب غيره الى بئر ٢٩٣
١٧١ ـ لو سقط في بئر فجذب ثانيا ٢٩٤
١٧٢ ـ الضمان بالارش والحكومة ٢٩٧
١٧٣ ـ تفسير الحكومة ٢٩٨
١٧٤ ـ ضمان المفتي ٢٩٩
١٧٥ ـ ضمان المبيع على من ليس له خيار ٣٠٠
١٧٦ ـ معنى هذا الضمان ٣٠٢
١٧٧ ـ ضمان المعاوضة واستثنائه ٣٠٣
١٧٨ ـ الضمان في الوديعة وفروعه المتنوعة ٣٠٥
١٧٩ ـ الضمان في العارية وفروعه ٣١١
١٨٠ ـ الضمان في المضاربة ٣١٤
١٨١ ـ الضمان في الاجارة ورواياته العشرين ٣١٥
١٨٢ ـ مباحث فقهيه ٣٢٧
١٨٣ ـ اذا تعدى في العين المستأجرة ٣٢٧
١٨٤ ـ اذا افسد الصانع ضمن وكذا الحمال اذا اسقط ٣٢٩
١٨٥ ـ اذا ادعى الصانع والملاح والمكارى الهلاك من غير تعد.. ٣٣٢
١٨٦ ـ لو قال للخياط ان كان يكفيني قميصا فاقطعه ٣٣٣
١٨٧ ـ لو اتلف الصانع الثوب بعد عمله.. ٣٣٤

١٨٨ ـ هل يضمن صاحب الحمام ٣٣٥
١٨٩ ـ شرط الضمان على المستأجر وفروعه ٣٣٥
١٩٠ ـ شرط النتيجة ٣٣٦
١٩١ ـ التعدي يوجب ضمان المستأجر ٣٣٨
١٩٢ ـ الضمان في الهبة وفي السبق ٣٤٠
١٩٣ ـ فائدة مهمة في كلام المحقق اليزدي وشرحه ٣٤١
١٩٤ ـ الإشكالات على جملة: (على اليد ما اخذت...) ٣٤٥
١٩٥ ـ ضمان منافع الحر ٣٥١
١٩٦ ـ الضمان في باب الوديعة ٣٥٢
١٩٧ ـ الضمان في العارية والاجارة ٣٥٥
١٩٨ ـ الضمان في الجعالة واللقطة ٣٥٦
١٩٩ ـ الضمان في الكفالة ٣٥٧
٢٠٠ ـ الضمان بالتدليس ٣٥٨
٢٠١ ـ ضمان التزويج والسحق ٣٥٩
٢٠٢ ـ ضمان الزواج بعد الزفاف ضمان الاستدانة بامر الحاكم وضمان الوطء ٣٦٠
٢٠٣ ـ كيفية الارش ٣٦١
٢٠٤ ـ الفرق بين القيد والشرط وبحث حول القيمي والمثلي وحول
مزج الغاصب المغصوب بغيره ٣٦٢

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيّدنا وسيّد المرسلين وعلى آله الطاهرين والسلام علينا وعلى عباد الله الصالحين المجاهدين بالفكر وبالسلاح والقلم عبوديةً لله الواحد القهّار الحكيم ، لا سيما على النبيين والمرسلين.

وبعد ، فهذا شرح كتاب الضمان من العروة الوثقى ، وبيان كل اقسام الضمان اكتبه لنفسي ولتدريس تلامذتي في الحوزة العلمية بقم المشرّفة للسنة الدراسية (من اوائل الخريف إلى أوائل الصيف في العام المقبل (من اواخر شهريور ١٣٨٠ إلى وسط خرداد ١٣٨١) والله ولي التوفيق والسداد.

اللهم أرنى الحق حقاً ، فأتّبعه ، والباطل باطلاً فاجتنبه.

مقدمة فيها بيان أمرين:

الأول: لا شبهة في حسن الضمان التعبدي شرعاً للروايات الكثيرة الآمرة

بقضاء حاجة المؤمنين أو المسلمين ولقوله تعالى: **وتعانوا على البر والتقوى** كما قيل ، لكن المقام داخل في الاعانة دون التعاون ، نعم يشمله قوله تعالى: من يشفع شفاعة يكن له نصيب منها (٨٥/٤) ويدل على امضاء الضمان وصحته شرعاً قوله تعالى: **اوفوا بالعقود** ، واستدل أيضاً بقوله تعالى:**وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**.

فان صدر الآية دليل على صحة الاجارة او الجعالة وذيلها على صحة الضمان ، لكن ان سلمنا كون ذلك حكما شر عياً فى تلك الأمة يشكل إثباته على المسلمين بالاستصحاب كما حقق فى محله. وسيأتي الأشارة إليه.

نعم يدل على صحته الروايات الخاصة الواردة في الوسائل ج٤٢١/١٨ إلى ٤٣٧ وفي جامع الاحاديث ج٤٤٨/٢٣ ـ ٤٥٨.

الثاني: الضمان الذي حقيقته تعلق مال من عين أو منفعة أو عمل[1] في ذمة إنسان ، على اقسام ، كما ان اسبابها أيضاً متعددة. وإليكم بيانهما:

١ ـ الضمان التقديري ، كما في مورد العين المغصوبة الباقية في يد الغاصب ، أي لو تلفت ضمن عوضها مثلاً أو قيمةً. ويقارنه الحكم التكليفي وهو جوب ردها الى مالكها.

خلافاً للسيد الاستاذ الحكيم فقد فسّر الضمان بتعهد العين وجعل وجوب رد المثل أو القيمة على تقدير التلف من أحكام الضمان لا نفسه لاحظ المستمسك ج ٢٦٢/٢٦١/١٣ وسيأتي بحثه في الشرط السابع ، وهو بحث تنجيز عقد الضمان.

---

(١) في الجواهر ان ضمان الرضا ليس من الضمان المصطلح ج١٢٥/٢٦ وهو كذلك اذ لا يستفاد ذلك من روايات الضمان المعتبرة الآتية. لكن في موثقة الحسن بن جهم الضمان عن رضى الدائن وهو عمل.

٢ ـ الضمان الموقّت ، كما في موارد من بدل الحيلولة ، فاذا وجدت العين استرد البدل وانتفى الضمان.

٣ ـ الضمان بالمعاوضة كما في موارد العقود كالبيع والاجارة وامثالهما ، فان كلا من المتعاقدين يضمن ما يعين عليه في العقد الكلي بإزاء عوضه كضمان البائع للمبيع وضمان المشتري للثمن.

٤ ـ لضمان المعلّق ، فان الاظهر صحته وفاقاً للفقيه اليزدي في العروة الوثقى كالضمان الفعلي المنجز. ومنه ضمان المضمون عنه للضامن ، فانه يعلق على اداء الضامن ولاحظ تفصيله في المسألة ١٤.

٥ ـ الضمان الاختياري بالفعل فقط كما في موارد التفويت والاتلاف والاستيفاء.

٦ ـ الضمان التعبدي محضا كضمان العاقلة. فلاحظ.

٧ ـ الضمان المقرون باستحقاق العقاب كما في فرض الاستيلاء العُدواني والإتلاف العمدي.

٨ ـ الضمان العقدي المبحوث عنه في كتاب الضمان ، وهو المقصود بالذات من العقد لا بالعرض كما في الضمان بالمعاوضة المتقدم برقم ٣.

٩ ـ الضمان الشرعي غير القابل للاسقاط كما سيأتي في القسم الاول من اقسام الضمان بعد الضمان العقدي.

١٠ ـ الضمان المستلزم للدية دون المثل والقيمة.

١١ ـ الضمان المستلزم للارش وهو تفاوت القيمة بين السالم والمعيب.

١٢ ـ ضمان ما لم يجب كما يأتي في الشرط الثامن من شروط صحة الضمان.

١٣ ـ الضمان الخالي عن المضمون عنه كقوله الق متاعك في البحر

وعليّ ضمانه.

١٤ ـ الضمان المتزلزل كما يأتي في المسألة ١٣ في البند (٧) من التعليقة.

١٥ ـ الضمان بمعنى تعهد الاداء من مال معين كما يأتي من الماتن في المسألة ٢٤ وشرحها.

١٦ ـ الضمان غير المستقر كا في الأيدي الغاصبة المتعاقبة، فان المالك اذا رجع الى كل واحد منهم ويرجع هو الى غيره حتى يستقر على من تلف المال بيده. ويأتي خلاف صاحب الجواهر في ضمان جميع الإيادي.

١٧ ـ الضمان العقدي بمعنى اشتغال الذمة من دون النقل من ذمة كما يأتي في شرح المسألة ٣٥ في البند الرابع.

١٨ ـ ضمان البائع ما يحدثه المشتري على وجه مذكور في المسألة (٤١).

١٩ ـ الضمان الايقاعي كما في المسألة ٤٢ وما يتلوها في ذيل عنوان فائدة مهمة.

٢٠ ـ الضمان بالاتهام كما في رواية أبي بصير(١) ويأتي في محله.

٢١ ـ الضمان الاحتياطي على المتهم كما يأتي في ضمان الاجارة في اواخر الكتاب.

٢٢ ـ ضمان العهدة كما يأتي في المسألة ٣٩.

٢٣ ـ ضمان العمل، كارضاء الدائن للمديون، كما يظهر من موثقة الحسن بن جهم (والوسائل ٤٢٥/١٨ = والكافي ٢٥/٧) وهو أيضاً يوجب براءة ذمة المضمون عنه.

وسيأتي في الشرط السابع من الضمان العقدي من السيد الاستاذ

---

(١) الوسائل ج ٢٥٥/٢٩ الباب ١٨ من موجبات الضمان.

الخوئي رحمه الله وتلميذه السيد السيستاني نوع آخر من الضمان العملي.

وأما اسباب الضمان فهي ما يلي:

١ ـ عقد الضمان.

٢ ـ العقود المعاوضية.

٣ ـ الاستيلاء بغير حق.

٤ ـ الإتلاف المباشري.

٥ ـ الاتلاف التسبيبي.

٦ ـ التفويت ، فلاحظ.

٧ ـ الاستيفاء.

٨ ـ قبول الحوالة.

٩ ـ المقبوض بالعقد الفاسد فلاحظ.

١٠ ـ المقبوض بالسوم على وجه.

١١ ـ الغرور.

١٢ ـ عمل الغير تعبداً ، كما في ضمان العاقلة.

١٣ ـ عدم تسليم الرضيع إلى أهله.

١٤ ـ عدم ارجاع من اخرجه ليلاً من بيته ، عند جمع.

١٥ ـ قاعدة العدل كما يأتي في المسألة (١٢).

١٦ ـ الحيلولة بين المال ومالكه على ما يأتي وخالفه سيدنا الاستاذ الخوئي (قدس سره).

١٧ ـ المال كمن أعطى الفرد أو المؤسّسة ما لا ليضمن له ما يجبر ما خسره وهو المسمى بالتأمين (بيمه) في عصرنا. ولاحظ ص ٣٤٩ ج١٣ من المستمسك.

١٨ ـ الافراط والتفريط. فتأمّل.

١٩ ـ قصد الاضرار. فتأمل اذ هو كسابقه يرجع الى الاستيلاء وربما يأتي في مطالب الكتاب غير هذه الاسباب أيضاً.

وهذه الاسباب من جهة الحكم التكليفي بين ما هو مستحب وما هو جائز في حد نفسه وبين ما هو حرام وبين ما قد يصير واجبا لطروء بعض العناوين عليه وبين ما هو غير اختياري للضامن فلا يتصف بحكم بالنسبة إليه.

اذا تقررت المقدمة فنرجع الى المقصد الاول من الكتاب وهو بيان مسائل الضمان العقدي بشكل تعليقات على كتاب الضمان من كتاب العروة الوثقى للفقيه النبيل المتضلع المتتبع المهذب السيد اليزدي اعلى الله مقامه في درجات النعيم. ثم بعد ذلك نتعرض لبقية اسباب الضمان واقسامه ان شاء الله تعالى ، وهي أيضاً من مقاصد هذا الكتاب.

قم المقدسة

محمد آصف المحسني

قال ﵀: وهو ـ اى الضمان ـ من الضمن[١] لانه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الّذي على المضمون عنه للمضمون له ، فالنون فيه اصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما.

وما قيل[٢] من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائدة[٣] واضح الفساد ، اذ مع منافاته لسائر مشتقاته ، لازمه كون الميم مشددة[٤] وله اطلاقان: الاطلاق بالمعنى الاعم الشامل للحوالة والكفالة فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس. واطلاق بالمعنى الاخص وهو التعهد بالمال عينا أو منفعة أو عملاً وهو المقصود من هذا الفصل[٥].

(١) هذا صحيح بالنسبة الى عدم زيادة حرف النون لكن لا بالنسبة الى فرعية الضمان واصالة الضمن كما نبّه عليه الشهيد الثاني ﵀ في محكى مسالكه ، قال : فمن الجائز أن يكون الضمن مشتقا من الضمان ، فيكون معنى كون الشيء في ضمن شيء آخر أنه في عهدته .. فان معنى ذلك (الضمن) وان كان الظرفية ، لكن يمكن ان تكون الظرفية موجبة للتعهد ، وبالجملة : الضمن معناه الظرفية ، ولازمها نوع من التعهد . والضمان هو التعهد ولازمه نوع من الظرفية ، فيحتمل أن يكون كل واحد منهما اصلاً للآخر ، ومقتضى كثرة استعمال الضمان ومشتقاته كونه اصلاً للآخر لا فرعاً عليه .

(٢) كما عن الاكثر من العامة ، فان الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة ، وعندنا أو عند المشهور منا أنّه نقل المال من الذمّة إلى الذمّة . وعلى الأوّل يتخير المالك المضمون له في المطالبة ، من أيّهما.

وفي الجواهر (١١٣/٢٦) : ... بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمّتين فصاعداً بمال واحد ، وقد بيّنا أنّ المشغول به في تعاقب الأيدي على

المغصوب، ذمّة واحدة، وهو من تلف في يده المال مثلا وإن جاز له الرجوع على كل واحد وإلّا فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا. وسيأتي ما يتعلّق به في المسألة الثانية.

(٣) كالجريان والحيوان والجولان والضربان وغيرها .ويختص غالبا بما كان فيه حركة وإنقلاب.

(٤) والحال آنها غير مشدّدة قطعاً، وجه اللزوم كون الفعل ثلاثياً لا ثنائياً.

(٥) كما حكي، عن جمع، فالضمان ان كان تعهداً بالنفس فهو كفالة وان كان تعهداً بالمال فان كان للمضمون عنه على ذمة الضامن مال فهو حوالة والا فهو الضمان المصطلح[1] وجعل في المستمسك (٢٤٦/١٣) للضمان معنيين: عرفي وهو التعهد بالمال أو النفس واصطلاحي (عند الفقهاء) وهو الضمان الخاص.

قال: ويشترط فيه امور: أحدها الايجاب، ويكفي فيه كل لفظ دال، بل يكفي الفعل الدال ولو بضميمة القرائن ـ على التعهد والالتزام بما على غيره من المال[1].

(١) فان الدال عليه قولاً وفعلاً يحقّق الانشاء فيوجب صدق العنوان، والفعل وان كان خالياً عن انشاء العنوان، لكن ببركة القرينة يدل عليه، كما قيل وقال سيدنا الاستاذ: فان لم يكن دالا لم يكف في صدق العنوان عرفاً وان قصد به الانشاء.

قال: الثاني القبول من المضمون له، ويكفي أيضاً كل ما دلّ على ذلك من قول أو فعل[2] وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الايجاب والقبول. كذا ذكروه[3] ولكن لا يبعد دعوى عدم

---

(١) سيأتي بعد الفراغ من بيان مسائل الضمان العقدي الفرق بينه وبين الحوالة بوجه أوضح.

اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة . بل يكفي رضى المضمون له سابقاً او لاحقاً كما عن الايضاح والاردبيلي حيث قالا : يكفي فيه الرضا ولا يعتبر القبول العقدي بل عن القواعد : وفي اشتراط قبوله احتمال[1] ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله ان يصلي عليه ، حتى ضمنه علي عليه السلام ان يصلي عليه ، وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر فيه في العقود من الترتيب والموالاة وسائر ما يعتبر في قبولها .

(٢) كما سبق في الإيجاب .

(٣) في جامع المقاصد (ج٣١٩/٥) : والاصح الاشتراط ، لان الضمان عقد اجماعاً فلا بد فيه من القبول ، ولان المال للمضمون له ، فكيف يملك شخص نقله بغير رضاه؟ أقول : وخلاف الخلاف يوهن اجماعه حيث حكى عنه : ليس من شرط صحة االضمان رضاهما أيضاً . فإن ظاهر هذا الكلام ان الشيخ يرى الضمان ايقاعاً لا عقداً . ضرورة ان العقد محتاج إلى اعمال السلطنة من الطرفين ، والايقاع إلى إعمال اختيار احدهما ، فالنكاح إذا احتاج إلى قبول عقد وإذا اكتفى باعمال سلطنة واحد ـ كما في تزويج السيد أمته لعبده ـ كان ايقاعاً وبالجملة : في المقام اقوال ثلاثة :

١ ـ اعتبار القبول العقدي ولعله المشهور .

٢ ـ اعتبار الرضا فقط ، كما ذكره الماتن رحمه الله تبعاً للايضاح والاردبيلي وهو ظاهر العلّامة رحمهم الله في القواعد قال : وفي اشتراط قبوله ـ

---

(١) ج٣١٨/٥ تحقيق موسّسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث . (شرح جامع المقاصد) .

المضمون له ـ احتمال . (ج٣١٨/٥ جامع المقاصد) وسيدنا الاستاذ الخوئي رحمه الله أيضاً اكتفى في تعليقة العروة بابراز الرضا بمبرز .

٣ ـ عدم اعتبار الرضا فضلاً عن القبول كما عن خلاف الشيخ رحمه الله وقد صرح الماتن في كتاب الحوالة ان الحوالة والضمان من الايقاع وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في العقود... (بالمستمسك ج٣٧٨/١٣) فلابد من لفت النظر إلى الروايات وسائر الادلة .

فمنها مرسلتان للخلاف ولا يعلم ان الشيخ نقلهما من طريقنا او من طريق العامّة . احديهما ما نقلها عن أبي سعيد الخدري التي اشار إليها الماتن. وثانيتهما ما عن جابر الحاكية عن ضمان أبي قتادة الميت[١] .

ومنها صحيح معاوية بن وهب ، قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ذكر لنا ان رجلاً من الأنصار مات وعليه ديناران ، فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وآله وقال : صلّوا على صاحبكم حتى ضمنها بعض قرابته فقال أبو عبدالله عليه السلام : ذلك الحق . . .[٢] .

الصحيحة كالمرسلتين ظاهرة في عدم اعتبار قبول المضمون له في صحة الضمان ، ولا أقل من اطلاقها الشامل لفرض عدم القبول .

ومنها معتبرة اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فقال وليّه : عليّ دينك . قال : يبرئه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده ، وقال : ارجو ان لا يأثم وانما إثمه على الذي يحبسه[٣] .

ومنها صحيح حبيب الخثعمي عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل

---

(١) لاحظهما في الوسائل ج٤٢٤/١٨ كتاب الضمان ب٢ ح٢ و٣ .
(٢) المصدر ب٢ ص٤٢٢ .
(٣) الوسائل ج٣٤٦/١٨ ب ١٤ ح٢ .

يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن، فقال: لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء. قلت أرايت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم[1].

وحمله في الجواهر ج١٢٦/٢٦ على اذن المودع. اقول: هو بعيد.

ومنها موثقة الحسن بن الجهم[2]: سألت أبا الحسن عن رجل مات وله عليّ دين وخلّف وُلداً؛ رجالاً ونساء وصبياناً فجاء رجل منهم، فقال: أنت حل مما لابى عليك من حصتي، وانت في حل مما لاخوتي واخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال تكون في سعة وحل. قلت: فان لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه، قلت: فان رجع الورثة علي، فقالوا اعطنا حقنا؟ فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأمّا بينك وبين الله فانت منها في حل إذا كان الذي حلّك يضمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك.

قلت: فما تقول في الصبي لأمّه ان تحلّل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه؟

قلت: فان لم يكن لها ؟ قال: فلا. قلت: فقد سمعتك تقول: انه يجوز تحليلها؟

فقال: إنما أعنى بذلك إذا كان لها. قلت: فالاب يجوز تحليله على إبنه؟

فقال: ما كان مع أبي الحسن عليه السلام أمر، يفعل في ذلك ما يشاء.

قلت: فان الرجل ضمن لي عن ذلك الصبي وانا من حصته في حل؟ فان مات الرجل قبل ان يبلغ الصبي فلا شيء عليه ؟ قال: الأمر جائز على

---

(١) الوسائل ج٨٦/١٩ ب٨ من أبواب الوديعة.

(٢) الوسائل ج٤٢٥/١٨ ب٤ من أبواب الضمان ج١.

ما شرط لك.

تدل الرواية دلالة قوية على عدم اعتبار رضى المضمون له في صحة الضمان وبرائة ذمة المضمون عنه، فضلاً عن اعتبار قبول العقدى.

واما جواز مطالبة الورثة حقهم من المديون الأول فهو لاجل فقدان البينة على اثبات الضمان.

كما تدل على عدم اعتبار البلوغ في المضمون له. وعلى اعتبار وجود مال للضامن يفى بحق المضمون له في غير الاب. وذيل الرواية لا يخلو عن تشوش ما.

ومنها موثقة زرارة قال: سألت أبا عبدالله (ابا جعفر ـ خ) عليه السلام عن رجل مات وترك عليه دينا وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تجارة (ته ـ خ) وان الورثة وغرماء الميت اختصموا فيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقبة العبد.

فقال: أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المتاع والمال إلّا ان يضمنوا دين الغرماء جميعاً، فيكون العبد وما في يده (من المال ـ خ) للورثة، فان أبوا كان العبد وما في يده للغرماء...[1].

ومنها صحيح ابن سنان الذي رواه المشائخ الثلاثة عن الصادق عليه السلام في رجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت[2] إذا عرفت هذا فاعلم ان المرسلتين غير معتبرتين وعلى تقدير الاعتبار وفرض اطلاقهما فهما كصحيح معاوية بن

---

(١) الوسائل ج١٨/٣٧٥ ب٣١ من أبواب الدين والقرض ح٥.

(٢) الوسائل ج١٨/٤٢٢ ب٢ من أبواب الدين والقرض ح١.

وهب ومعتبرة اسحاق وصحيح حبيب إنّما يدل على عدم اعتبار الرضا بالاطلاق وهو مقيّد بالرضا لاجل موثقة زرارة وصحيح ابن سنان جمعا بين الادلة بلا اشكال، ولكن يقع التعارض بين هاتين الروايتين ومعتبرة الحسن بن جهم فان لم نقل بترجيحهما عليها لإجماع الجواهر المتقدم ذكره، وقلنا بتساقطهما نرجع إلى القواعد ومقتضاها عدم برأته ذمة المدين بمجرد ضمان أحد من دون إذن المالك الدائن.

فالاظهر القول الثاني.

ويمكن ان نستدل باطلاق صحيح ابن سنان على عدم اعتبار القبول العقدي فلاحظ وتأمّل[1]. وآراء المعلقين على العروة فيه مختلفة.

قال واما رضى المضمون عنه فليس بمعتبر فيه، إذ يصح الضمان التبرّعي فيكون بمنزلة وفا دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه، وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضررا عليه او حرجاً...

أقول: اصل الحكم متفق عليه كما عن الشهيد الثاني ﵀ ولم يجد صاحب الجواهر (ج٢٦/١٢٦) الخلاف فيه، بل ادعى الإجماع بقسميه عليه. ومع الغض عنه يكفيه اصالة عدم الاشتراط.

واما الاستثناء فلم يقبله السيد الگلبايگاني والسيد الخميني رحمهما الله في حواشي العروة ولكن لا يبعد ان يقال بان نفي الضرر والحرج يرفع

---

(١) وجه التأمّل سقوط الصحيحة بالتعارض كما مر وعليه فيرجع إلىٰ اصالة عدم اشتراط عقد الضمان بالقبول ودعوى أن الضمان عقد وكل عقد يحتاج إلىٰ إيجاب وقبول، فيهما ان الكبرى غير تامة فان العقد محتاج إلىٰ اعمال سلطنة من الطرفين فيكفي الإيجاب مع رضى المضمون له.

الامضاء الشرعي للضمان.

قال: الثالث كون الضامن بالغاً عاقلاً فلا يصح ضمان الصبي وان كان مراهقاً بل وان اذن له الولي على اشكال. ولا ضمان المجنون الا إذا كان ادواريا في دور افاقته، وكذا يعتبر كون لمضمون له بالغا عاقلا[١]، واما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك، فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً[٢] نعم لا ينفع اذنهما في جواز الرجوع بالعوض[٣].

(١) لعدم العبرة بعبارة المجنون واستثناء الإدواري منقطع، كما ان الصبي لقصور سلطنته من التصرف لا يصح ضمانه ولا قبوله لضمان، والاذن في ضمان ضامن مكان مدينه نوع تصرف، فلا بد من كون الضامن والمضمون له بالغين عاقلين.

نعم تقدم دلالة موثقة ابن الجهم على صحة ضمان الام لصبيها، وفي الاعتماد عليها في مثل هذا الحكم المخالف للقاعدة نظر، وان كان ولا بد منه، فلا جرم في الاقتصار على موردها وهو الأم فقط، ويحتمل ارادة المراهق مع أذن الولي كالجد.

والارجح صحة ضمان الصبي والمراهق باذن الولي مع المصلحة او عدم المفسدة له، فان المراهق ذو أهلية عند العرف فيكفي في صحة ضمانه اذن وليه فيه، وشمول الاتفاق المدّعى على عدم الاعتبار بعقد الصبي له غير ظاهر، فيرجع إلى الاطلاقات.

بل يمكن أن يستدل على صحة عقوده وايقاعاته باطلاق قوله تعالى: **﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم اموالهم﴾** (النساء ٦) فان استيناس الرشد قد يكون بالمعاملات. لكن

في تركيب الآية نوع اجمال إذ لا يفهم ان استيناس الرشد قبل بلوغ النكاح، بل كونه بعده اقرب احتمالاً فلاحظ. وكذا الكلام في المضمون له بعينه.

(٢) إذا لم يكن له ضرر كما يفهم مما سبق. واما عدم الاعتبار فلاجل أن الضمان عنه احسان إليه وهو غير مشروط ببلوغ المحسن إليه وعقله. ان الله يامر بالعدل والاحسان.

(٣) لعدم موجب للرجوع إليهما بعد بطلان إذنهما وإذن وليهما كما هو كذلك في الضمان عن العاقل الكامل من دون إذنه.

تتمة: نقل في جامع المقاصد (ج٥/٣١٧) عن أبي حنيفة بطلان الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء، لان الموت مع عدم الوفاء يسقط المطالبة بالحق[١]. وبطلانه واضح، إذ لا يسقط بذلك ما في الذمة، كما في ذي عسرة حيث ينظر إلىٰ ميسرة وكما في الديون المؤجلة، فعدم حق المطالبة لا يدل على نفي الضمان.

وبالجملة الضمان عن الميت ينفعه يوم القيامة.

قال: الرابع كونه، مختاراً فلا يصح ضمان المكره. لحديث رفع التسعة بناء على الارجح من حسن احمد بن محمد بن يحيى العطار بكثرة ترحم الصدوق عليه في كتبه كما شرحناه في كتابنا «بحوث في علم الرجال» خلافاً للسيد الخوئي قدس سره.

ولصحيح البزنطي عن الرضا عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصداقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال لا، قال

---

(١) المجموع ج١٤/٨ وفتح العزيز ج١٠/٣٥٨.

رسول الله ﷺ وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه ، ما لم يطيقوا وما أخطأوا[١] .

والعمدة في المقام قول رسول الله ﷺ دون المورد لبطلان القسم المذكور في الاولين على كل حال وان صدر في حال الاختيار لانه من اتباع خطوات الشيطان المنهي عنه في القرآن .

قال : الخامس عدم كونه محجوراً لسفه إلّا باذن الولي وكذا المضمون له[١] ولا بأس بكون الضامن مفلساً ، فان ضمانه نظير اقتراضه[٢] فلا يشارك المضمون له مع الغرماء[٣] واما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً ولا بأس بكون المضمون عنه سفيها أو مفلساً ، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه[٤] .

(١) لان دليل الحجر مانع عن صحة تصرفه المالي ، والاذن ورضى المضمون له نوع تصرف .

(٢) فان الفَلس يمنع من التصرف في المال دون النفس ، والتعهد في الذمة من الثاني والمسلم انه ليس من الاول .

(٣) لتقدم تعلق حق الغرماء بالمال .

(٤) لكن الظاهر جواز الرجوع على المفلس بعد زوال فلسه وتمكنه من الاداء .

قال السادس : أن لا يكون الضامن مملوكاً . .

من اللغو صرف الوقت والقرطاس في امور فرضية لا خارجية لها ، والله المستعان .

قال : السابع التنجيز[١] ، فلو علّق الضمان على شرط كأن

---

(١) الوسائل الباب ١٢ من كتاب الايمان ح١٢ .

يقول : أنا ضامن لما على الفلان ان أذن لي أبي . وانا ضامن ان لم يف المديون إلىٰ زمان كذا[٢] او ان لم يف اصلاً[٣] بطل على المشهور . لكن لا دليل عليه ، بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة[٤] إلّا دعوى الاجماع في كل العقود . على أن اللازم ترتب الاثر عند انشاء العقد من غير تأخير[٥] او دعوى منافاة التعليق للانشاء[٦] وفي الثاني ما لا يخفى .

وفي الاول منع تحققه في المقام[٧] . وربما يقال : لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً . وربما يقال : لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً ، وفيه أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك[٨] .

نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال بامكان الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له[٩] لانه يصدق انه ضمن الدين على نحو الضمان في الاعيان المضمونة ، إذ حقيقته قضية تعليقية[١٠] إلّا أن يقال بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي[١١] .

(١) والعمدة في اعتباره في عموم العقود والايقاعات هو الإجماع فقط في غير ما اخرجه الدليل كالوصية التمليكية والتدبير واليمين والعهد والنذر المعلقة بناء على أن هذه الثلاثة شبه عقد . على ما اوضحه الشيخ الأنصاري قدس سره في بيع مكاسبه وتعرض له السيد الاستاذ في دروسه على ما في مصباح الفقيه (ج٣/٢٣١) طبعة دار الهادي ، لبنان) .

لكن الإجماع مدركي أو محتمل المدركية غير كاشف عن رضى

الامام عليه السلام او دليل معتبر، ولو سلّمناه لسلّمناه في ثلاثة اقسام من اثنى عشر قسما[1] مذكورة في مصباح الفقاهة كما فصّله سيدنا الاستاذ الخوئي رحمه الله ومطالعة كلامه مفيد. وعن المحقق القمي رحمه الله في جامع الشتات تصحيح الوكالة المعلقة، وعن الاردبيلي والسبزواري في الكفاية رحمهما الله التأمل في بطلانها[2]. بل تأمل السيد الخميني رحمه الله في اشتراط الضمان بهذا الشرط في حواشي العروة الوثقى. وكذا السيد السيستاني في منهاجه، ج٢/٣١٠.

وعلى كل حال لا دليل معتبر على اشتراط التنجيز في العقود والايقاعات سوى فتوى جمع كثير من الفقهاء. ولو ثبت الإجماع فلا وجه لاستثناء الضمان عن عمومه كما زعمه الماتن رحمه الله.

(٢) المثال الأول صحة وبطلانا متوقف على تمامية الإجماع وعدمها. واما المثال الثاني فله مشكلة زائدة، وهي أنه من ضم ذمة الى ذمة وليس من نقل المال من ذمة الى ذمة كما عليه المشهور.

وسيتضح حال هذه المشكلة عن قريب.

(٣) لهذا المثال مشكلة ثالثة وهي لزوم الغرر، اذ متى رجع المضمون له على الضامن يدفعه الضامن بامكان اداء المضمون عنه دينه في المستقبل طيلة حياته.

(٤) ان اراد الماتن منها قوله تعالى اوفوا بالعقود. فهو مما لا اشكال

---

(١) أي فيما كان التعليق على الصفة التي لا دخل لها في تحقق عنوان العقد كما انه لا دخل لها في صحته فان اقسامهما الثمانية تقبل التعليق ويصح فيها وانما لا يصح في صفة غير دخيلة في مفهوم العقد ولا في صحته كاشتراط العقد على أمر معلوم في المستقبل او محتمل التحقق في الحال أو في المستقبل ولاحظ تفصيل الاقسام الاثنى عشر في مصباح الفقاهة ج٣/٢٢٧ إلى ٢٣٠.

(٢) مصباح الفقاهة للسيد الخوئي رحمه الله ج٣/٢٣٥ طبعة لبنان.

فيه ، وان اراد روايات الضمان المطلقة ففيه نظر وبحث ، اذ لا توجد رواية معتبرة فيها تكون ظاهرة باطلاقها لفرض التعليق .

وفراغ ذمة المضمون عنه انما هو في الضمان المنجز دون المعلق على أذن الاب ونحوه كما يظهر من روايات الباب ، اللّهم إلّا أن يتمسك في ذلك بترك الاستفصال في صحيح عبدالله بن سنان وذيل موثقة ابن الجهم السابقتين ورواية عمر بن يزيد[1] فلاحظ وتأمّل والله العالم .

نعم الضمان المستند إلىٰ الإيفاء بالعقود ، يصح في أمثلته الثلاثة المذكورة في كلام الماتن حتى في الأخير ، بناءً على ان مطلق الغرر لا يفسد المعاملة ، لعدم دليل عليه كما ذكرناه في كتابنا (الأرض في الفقه) وكونه بمعنى النقل من ذمة إلىٰ ذمة ، أو بمعنى ضم ذمة الى ذمة تابع لتصريح الضامن والمضمون له او لقيام قرينة ، وليس كالضمان المصطلح الفقهي المدلول لبعض روايات الضمان مقتضياً بطبعه للاول ، كما ان هذا الضمان العام يشمل تعهد العمل أيضاً ، ولا يبعد شمول الضمان الخاص له ايضاً كما سبق بحثه في مقدمة الكتاب .

فائدة :

قسم السيد السيستاني الضمان بعد تفسيره بالتعهد بمال الآخر ، على قسمين؛ تارة على نحو نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلىٰ ذمة الضامن للمضون له ، وأخرى على نحو التزام الضامن للمضمون له باداء مال إليه ، فليست نتيجته سوى وجوب الاداء عليه تكليفاً .

---

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الضمان ح١ ص٤٢٧ ج١٨ .

والفرق بين النحوين ان الضامن على الأول ـ الضمان الخاص ـ تشتغل ذمته للمضون له بنفس المال المضمون، فلو مات قبل وفائه أخرج من تركته مقدّماً على الارث، واما الضامن على النحو الثاني فلا تشتغل ذمته بنفس المال، بل بادائه إليه، فلو مات قبل ذلك لم يخرج من تركته شيء الا بوصية منه.

ثم قال بعد ذلك في محل آخر: نعم لا يعتبر التنجيز في الضمان على النحو الثاني، فيصح ان يلتزم باداء الدين مثلاً على تقدير خاص كعدم قيام المدين بوفائه[1].

لكن قال السيد الاستاذ الحكيم في مستمسكه (٢٦٥/١٣) والضمان ليس مطلق التعهد والا فالعقود كلها تعهدات على انحاء مختلفة باختلاف مضامينها. وقال قبل ذلك: يمكن التعهد على غير وجه الضمان بأن يتعهد انسان للزوجة بأن ترفع اليد عن النفقة التي لها على الزوج في المستقبل ويعطيها هو النفقة ولا بأس به لدخوله في عمومات الصحة، ونظيره ان يتعهد لمن له دين على زيد ان يصلى عنه ركعتين ويرفع اليد عن دينه على زيد، فانه نوع من أنواع العقد إن صح لم يكن من جنس الضمان.. لكن لا يسقط الدين في الفرض بمجرد العقد، بل لا بد من اسقاط الدين من الدائن. وإذا كان العوض مفروضاً بدلا عن الدين، كان الدين لذى العوض ولا يسقط الا بالوفاء أو الابراء منه.

اقول ما افاده ـ ﷺ ـ إن تم بتمامه، لا يضر بما ذكره السيد السيستاني تبعا لاستاذه السيد الخوئي ﷺ كما لا يخفى.

---

(١) منهاج الصالحين ج٢/٣١٠ اول كتاب الضمان.

(٥) وتوضيحه: أن المستفاد من قوله تعالى: أوفوا بالعقود. ترتب الحكم عند تحقق موضوعه من دون فاصل زماني ولا يتصور الوفاء كذلك في العقود التعليقية، فهي تخرج عن مدلول الآية ولا يوجد دليل اخر يوجب الوفاء بها فتكون باطلة.

أقول: يرد عليه ان مقتضى البيان عدم لزومها لا عدم صحتها، إذ يكفى ان يقال أن العقود التعليقية عقود رائجة عرفاً ولم يردع عنها الشارع فهي ممضاة عنده فتكون من العقود الجائزة.

والجواب الاوضح الصحيح ان وجوب الوفاء تابع لكيفية العقد، فان كان منجزاً وجب الوفا منجزا وان كان معلقاً فوجوب الوفاء كذلك أي بعد حصول المعلق عليه كما هو شأن وجوب الوفاء بالنذر والعهد واليمين. وإن شئت فقل: ان الامضاء تابع لما تعاقد عليه المتعاقدان.

وفي المكاسب وحواشيها اجوبة اخرى ولعل اكثرها غير متينة[1].

(٦) وجوابه ظاهر، فان المعلّق هو المنشأ دون الإنشاء كما في الوصية التمليكية ونحوها بل كل الاحكام الكلية الشرعية والدولية سيقت على نحو القضايا الحقيقية المشروطة بوجود موضوعاتها.

واعلم ان الماتن ﷺ اشار إلى ثلاثة وجوه من ادلة المشترطين للتنجيز ويظهر منه انه حسبها اثنين وهناك بعض وجوه اخرى فلاحظ المطولات[2].

(٧) لم يعرف له وجه صحيح ان قبلنا الاجماع واعتبار التنجيز في العقود والايقاعات.

(٨) وهذا الادعاء من مثله عجيب وكأنه ﷺ غفل عن الديون المؤجّلة

---

(١) لاحظ مصباح الفقاهة ج٣/٢٣٢ وما بعدها طبعة بيروت.

(٢) لاحظ مصباح الفقاهة ج٣/٢٣٢ وما بعدها طبعة بيروت.

والدين على المعسر في ثبوت الضمان وعدم حق المطالبة الا على فرض حلول الاجل وحصول الميسرة. على انه منقوض باستدراكه بقوله: نعم في المثال الثاني يمكن... وهل هذا إلا تناقض في كلامه.

(٩) مع قطع النظر عن التناقض المتقدم نقول انا اوضحناه في التعليقة الرابعة في هذا الشرط.

(١٠) ليس هنا دليل على كون الضمان في الاعيان المغصوبة مثلاً تعليقياً على نحو الوجوب المعلق بل المسلم منه انه ضمان تقديرى على نحو الواجب المشروط. فلاحظ وتأمّل.

قال السيد الاستاذ الخوئي تَتِئُّ في تعليقة العروة: لعله يريد بذلك أن الضمان في مورد التعليق، الوفاء على عدم وفاء المديون، ليس بمعنى النقل إلىٰ الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه إلىٰ تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد[1] ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية، وعليه فالضمان فعلي واثره الانتقال إلىٰ لأزمه على تقدير عدم وفاء المديون (المدين ـ ظ) كما ان أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها، وعلى هذا فلا بأس بما أفاده تَتِئُّ ولا يبعد ان يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية.

أقول: وتبعه بعض المعلقين فيه على حواشي العروة وكذا تلميذه السيستاني وعبارته أوضح كا تقدمت في تفهيم المقصود. ولا بأس به.

(١٠) بل قضية شرطية على نحو الواجب المشروط وان شئت فقل: ان الضمان في الضمان اليدي تقديري بحت وليس بفعلي فانه بمعنى لو

---

(١) أى تعهد اداء ما في ذمة الغير. أقول لكن التعهد في العين المغصوبة عين الحكم التكليفي برد المال إلىٰ صاحبه.

تلفت العين لضمن المستولى مثله او قيمته ، واما قبل التلف فلا شيء سوى الحكم التكليفي أي وجوب رد المال إلىٰ مالكه ولا دليل على ازيد من هذا ، بعد ضعف الرواية المشهورة (على اليد...).

قال بعض المعلقين على العروة : ان كان المراد (من قوله قضية تعليقية) تعليق الضمان بعدم الاعطاء فهذا عين ما هو باطل عند المشهور عين ، وان كان المقصود الضمان منجزاً لكنه يخبر بانه ما دام الدين با قيا ولم يؤدّ المضمون عنه ، فالظاهر أنه ليس بتعليق ولا بممنوع ، انتهى .

اقول: لكن الشق الأخير مرجوح من مقصود الماتن جداً.

ثم ان كلام الماتن لا يخلو عن تهافت فانه ﷺ ادعى فعلية الضمان وتعليق الوفاء اولا ثم شبهه بضمان العين الخارجية وقال ان حققيقته قضية تعليقية!! وفيه اشكال آخر . هو انه كيف يمكن الاستثناء من امر غير معقول كما ادعى اولا فلاحظ .

(١١) لو دل دليل على كون الضمان اليدي بنحو الواجب المعلق لا بأس به ، وهذا بخلاف الضمان العقدي فان روايات الباب لا تثبته ظاهرا واما الضمان العقدي بالمعنى الاعم فلا بأس بكونه معلقاً على ما مر .

ثم إن الضمان العقدي جعلي والضمان اليدي حكم شرعي . والاول فعلي والثاني تقديري والاول مختص بالذمي والثاني مختص بالخارجي والاول غير مقرون بوجوب ردالعين بخلاف الثاني .

نقل وافادة :

قلنا في البند التاسع ان المسلم من ضمان العين الخارجية في الاستيلاء هو الضمان التقديري دون التعليقي . ويؤيده كلام صاحب الجواهر في شرح قول ماتنه : «وكذا لو أبرأه من الضمان» : يعني لو فرّط الودعي في

الوديعة فابرأه المالك من ضمانها برأ: لكن فيه اشكال بعدم دليل صالح لقطع اصالة الضمان ضرورة عدم ثبوت مال في الذمة يكون مورداً للابراء، فإن المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلف بالمثل أو القيمة، فهو كما قال للغاصب: ابرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك ونحوه مما هو إبراء مما لم يجب بعد...»[١] ونحوه كلام غيره كما قيل، فهذا عين ما قلناه.

لكن سيدنا الاستاذ الحكيم ﷺ لم يرض به واعترض عليه: بأن ضمان العين معناه كونها في العهدة ووجوب المثل أو القيمة على تقدير التلف من قبل الحكم لذلك الضمان، لا انه معناه إذ لا مانع من اعتبار وجودالعين في العهدة في قبال وجودها في الخارج على نحو البدل عنه[٢] بل هو الظاهر من العرف في المضمونات[٣].

ثم قال بعد ذلك موردا على الماتن: ثم انه إذا سلّم كون الضمان في ضمان الاعيان من قبل القضية التعليقية، فحمل الضمان عليه في المقام يلزم منه كون الضمان في المقام معلقا، وقد سبق منه ان الضمان منجز وان التعليق للوفاء ولا للضمان.. (المستمسك ج١٣/٢٦١).

اقول وهذا الايراد على الماتن موجّه. الا أنّ يؤلّ المتن بما ذكره السيد الاستاذ الخوئي ﷺ كما مر.

قال: الثامن كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون

---

(١) الجواهر ج٢٧/١٤٦.

(٢) ما أفاده أمر ممكن لكنه محتاج إلىٰ اثبات فان لم يوجد عليه دليل فالمتيقن ما ذكرنا الا ان يقال انه غير محتاج إلىٰ دليل شرعي بل يكفيه قصد العاقد على فعلية التعهد وتسميته ضماناً وحكمه ما ذكره من وجوب المثل أو القيمة.

(٣) هذا الاستظهار محل نظر وتردد.

عنه ، سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري ، كما إذا ضمن الثمن الكلي للبائع أو المبيع الكلي للمشتري أو المبيع الشخصي[١] قبل القبض وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك .

فلو قال : اقرض فلاناً كذا ، وانا ضامن . أو : بعه نسيئة وانا ضامن . لم يصح على المشهور[٢] بل عن التذكرة الاجماع ، قال : ولو قال لغيره مهما اعطيت فلاناً فهو علّي لم يصح اجماعاً .

ولكن ما ذكروه من الشرط ، ينافي جملة من الفروع الآتية[٣] ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي للثبوت ، وان لم يثبت فعلاً ، بل مطلقاً لصدق الضمان وشمول العمومات العامّة ، وان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم[٤] بل يمكن منع عدم كونه منه[٥] .

(١) الشخصي ـ سواء كان مبيعاً أو ثمناً أو أجرة أو مهراً أو غير ذلك ـ موجود في الخارج لا في الذمة ولا دليل يفي باعتباره فيها وان كان ممكنا ، بل قال به السيد الحكيم كما مر.

ثم إنّ المبيع الشخصي قبل القبض مضمون بضمان المعاوضة ومثله الثمن الشخصي ، فبالتلف يكون من مال البائع أو المشتري وذلك لانفساخ العقد قبله آناً ما وليس مضموناً بضمان اليد[١] . وفي المستمسك (٢٦٣/١٣)

---

(١) وذلك لصحيح بريد بن معاوية عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في انبار بعضه على بعض من أجمة واحدة ، والأنبار فيه ثلاثون الف طن ، فقال البائع : قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن ، فقال ←

فلا يكون مضموناً في ذمة البائع، والضمان بهذا المعنى حكم شرعي لا يقبل الاسقاط ولا يمكن نقله إلىٰ غيره بضمانه، وذلك يختص بالضمان باليد. نعم إذا اتلفه البائع كان ضامناً له، لكنّه بالإتلاف لا باليد.

(٢) المشهور المدعى عليه الإجماع في الضمان العقدي نقل ما ذمة المضمون عنه إلىٰ الضامن. والمقام ليس كذلك. وليس في روايات الضمان ما يثبت ضمان ما لم يجب. وهو الوجه في اقتصار المشهور على إعتبار ثبوت الدين في الذمة.

(٣) في المسألة ٣٨ إن شاء الله تعالى. وقد سبق الماتن في هذه الاشارة صاحب مفتاح الكرامة أيضاً.

(٤) لأنه عقد فيه ضمان عرفاً. وكل عقد يجب الوفاء به للآية الكريمة. لكنه غير عقد الضمان المصطلح الفقهي وخارج عن مدلول الروايات. ولا شبهة في ان إطلاق الآية ﴿**اوفوا بالعقود**﴾ غير منصرف إلىٰ العقود الرائجة. فضلا عن العقود المدونة في الفقه. وبالجملة فهذا قسم آخر من الضمان العقدي.

(٥) الضمان المصطلح هو إشغال الضامن ذمته بما اشتغلت به ذمة المضمون عنه، وهذا الضمان هو إشغال الضامن ذمته بما يشتغل ذمة المضمون عنه فهما كلاهما وإن كانا صحيحين لكن الثاني لا يرجع إلىٰ

﴾المشتري قد قبلت واشتريت ورضيت، فاعطاه من ثمنه الف درهم، ووكل المشتري من يقبضه فاصبحوا وقد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون ألف طن وبقي عشرة آلاف طن، فقال: العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احترقت من مال البائع. ئل ج١٧/٣٦٥ و٣٦٦ ب١٩ وتدل عليه ايضاً رواية عقبة بن خالد أيضاً (٢٣/١٨ و٢٤) لكنها ضعيفة.

الاول بلحاظ الروايات .

قال : التاسع : ان لا تكون ذمّة الضامن مشغولة للمضمون عنه ، بمثل الدين الذي عليه ، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الاعمّ ، حيث قالوا : إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس ، فالثاني الكفالة ، والأوّل ان كان ممّن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة[١] وان لم تكن فضمان بالمعنى الاخص .

ولكن لا دليل على هذا الشرط ، فاذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه ، يكون ضماناً ، فان كان بإذنه يتهاتران بعد اداء مال الضمان ، وإلّا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه ، وتفرغ ذمّته ممّا عليه بضمان الضامن تبرعاً ، وليس من الحوالة ، لان المضمون عنه على التقديرين لم يُحل مديونه[٢] على الضامن حتى تكون حوالة ، ومع الاغماض عن ذلك[٣] غاية ما يكون انه يكون داخلاً في كلا العنوانين فيترتب عليه ما يختص بكل منهما ، مضافاً إلىٰ ما يكون مشتركاً .

(١) لكنه ينافي صحة الحوالة على البريء ان قلنا بها .

(٢) من الاحالة لا من الحلية وعليه فالظاهر تبديل كلمة المديون بالدائن ، وعلى كل ما افاده الماتن من الايراد متين .

٣ ـ أي عن عدم صدق الحوالة مع عدم احالة المضمون عنه . فهي متوقفة اولاً على احالة المحيل ثم باذهاب المحال الحوالة ثم المحال عليه . والضمان متقوم اولاً بانشاءالضامن اشغال ذمته ثم برضى المضمون له . فيشكل تصادق عنوانى الحوالة والضمان على امر واحد كما قيل ولاحظ

توضيحه في حواشي العروة (ج٢/٧٦٣) .

قال : والعاشر إمتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن ، على وجه يصحّ معه القصد إلىٰ الضمان[١] ويكفي التميز الواقعي وإن لم يعلمه الضامن فالمضرّ هو الابهام والترديد[٢] فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على وجه الترديد ، مع فرض تحقق الدينين ، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد ، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ، ولو على واحد .

ولو قال : ضمنت الدين الذي على فلان ولم يعلم أنّه لزيد أو لعمر أو الدين الذي لفلان ولم يعلم انّه على زيد أو على عمرو صحّ ، لأنه متعيّن واقعاً . وكذا لو قال : ضمنت لك كلّما كان لك على الناس ، أو قال : ضمنت عنك كلّ ما كان عليك لكل من كان من الناس .

ومن الغريب ما عن بعضهم[٣] من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له ، بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما ، مع انه لا دليل عليه اصلاً ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو اضيق دائرة من سائر العقود .

(١) لعدم دليل على اعتبار ازيد من ذلك ، بل الظاهر من روايتي ابن سنان وابن الجهم المتقدمتين من أجل ترك الاستفصال عدم العلم بمقدار الدين فلاحظ .

(٢) فانهما لا خارجية لهما ، فلا ينطبقان على فرد بعينه .

(٣) وهو الشيخ ﵀ في محكي مبسوطه خلافا لما عن خلافه .

اقول: ربما يظهر من كلام الماتن نوع تدافع بين جعل وجه هذا الشرط، لصحة القصد إلى الضمان وبين قوله فالمضر هو الإبهام والترديد والارجح اعتبارا لامرين من تحقق القصد ونفي الترديد. ثم الانسب بكلامه في جميع هذه المسألة أنّ المراد من قوله «القصد إلى الضمان» هو طبيعي الضمان دون فرده، فلو تبين أنّ المضمون عنه كان قاتل أبيه أو يهودياً مثلا صح الضمان وان لم يضمن عنه لو علمه اوّلاً. ولا يخلو عن بحث. وعلى كل، يعتبر ايضا امتياز الضامن عند المضمون له على وجه يصح منه الرضا بضمانه.

(مسألة ١) لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه[١] ويمكن أن يستدل عليه مضافاً إلى العمومات العامة وقوله صلى الله عليه وآله: الزعيم غارم. بضمان عليّ بن الحسين عليه السلام لدين عبدالله الحسن[٢] وضمانه لدين محمد بن أسامة[٣] لكن الصحة مخصوصة بما إذا كان له واقع معيّن. واما إذا لم يكن كذلك كقولك: ضمنت شيئاً من دينك، فلا يصح[٤] ولعله مراد من قال: أنّ الصحة إنّما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك.

فلا يرد عليه ما يقال من عدم الاشكال في الصحة مع فرض تعينه واقعاً. وان لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم.

هذا وخالف بعضهم فاشترط العلم به لنفي الغرر والضرر. ورُدّ بعدم عموم للاول لاختصاصه بالبيع أو مطلق المعاوضات[٥] وبالاقدام في الثاني[٦] ويمكن الفرق بين الضمان التبرعي والإذني فيعتبر في الثاني دون الاول، إذ ضمان علي بن الحسين عليه السلام كان

تبرّعيا[٧] واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع ، بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة[٨] إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الأذن . وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب[٩] .

(١) هذا إذا كان الاقدام على مثل هذا الضمان غير متروك عند العقلاء لا في ما إذا لم يعلم أنّ الدين الف تومان أو مليون دولار ، أو انه مَنّ حنطة أو مَنّ ذهب مثلاً . لعدم شمول العمومات له بعد عدم كونه عقد اعرفيا ، إلّا إذا فرض اقدام الضامن عليه في جميع الفروض وقدرته عليه ، فلا يكون العقد سَفَهيّا غير عقلائي .

(٢) جملة : الزعيم غارم مرسلة سنداً وضعيف دلالة ، بل الظاهر انها غير واردة من طريقنا وقد نقلها النوري في مستدركه ج٣/٣٩٤ ح١٥٦٩٨ وص٤٣٥ برقم ١٠٨٣١ .

بل ظاهر صحيح الحسن بن علي بن يقطين عن الحسين بن خالد الذي لم أجد حسنه ووثاقته في قول معتبر ، نفيه(وسائل ج١٨/٤٢١ ح١ ب١ (كتاب الضمان) .

وضمان السجاد عليه السلام لعبدالله قد ورد بسند مرسل في الفقيه ج٣/٥٥ و١٩١ وفي صحة متنه أيضاً بحث وسند الكليني والشيخ ايضاً ضعيف بيوسف بن السخت وغيره .

(٣) بسند ضعيف بعبيدالله الدهقان (ئل كتاب الضمان ب٣ ح١) .

واستدل لما في المتن ايضاً بان الضمان عقد لا ينافيه الغرر . قلت : ما دل على النهي عن الغرر وان كان ضعيفاً ، الا ان بعض الغرر متروك عند العرف كما اشرنا إليه قريباً .

وبقوله تعالى: ولمن جاء به حمل بعير. ورد بانه قضية في واقعة لا اطلاق فيها، فلعل وزن الحمل وجنسه كانا عندهم معلومين. وقيل انه ٢٠٠ كيلوغرام تقريباً بوزن عصرنا.

(٤) ولعله لا خلاف فيه وعن بعضهم قولا واحدا. قلتُ ويحتمل الصحة والرجوع إليه في تفسيره.

(٥) ما دل على نفي الغرر ضعيف سنداً ودلالة كما ذكرنا في ص ٢٦٢ من كتابنا الارض في الفقه وذكرنا هناك امكان القول بصحة البيع الغرري فضلاً عن غيره ما لم تكن المعاملة سفهية.

(٦) في المستمسك ج١٣/٢٧٢: إمّا لانه امتناني ولا امتنان في نفيه مع الاقدام وإمّا لأن الظاهر من نفي الضرر نفي الحكم الذي يؤدي إلى الضرر، ومع الاقدام عليه يكون الضرر من جهة الاقدام لا من جهة الحكم.

(٧) عرفت ضعف دليله. وكونه تبرعياً يعلم من الخارج انه عليه السلام لا يرجع إلى تركة الميت وان كان باذن المحتضر.

(٨) لا دليل عليه مطلقاً كما سبق.

(٩) لا دليل على هذا التفصيل وما ذكرنا من التفصيل هو الاظهر.

(مسألة ٢) إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة، إنتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وتبرء ذمة المضمون عنه بالإجماع والنصوص[١] خلافاً للجمهور، حيث أن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة[٢] وظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو، ويمكن الحكم بصحته حينئذٍ للعمومات[٣].

(١) أمّا الإجماع فقد ادعاه في محكي الغنية والتذكرة. وعن المسالك: أنّه موضع وفاق وفي الجواهر (١٢٧/٢٦): بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعلّه من ضروريات الفقه. انتهى.

وأمّا النصوص فقد تقدم ذكرها في الشرط الثاني، والعمدة في برائة ضمان الحي معتبرة اسحاق بن عمار[١] ومعتبرة ابن الجهم[٢]، على بحث في الاخير، إذ فيه: وأنت في حلّ مما لاخوتي واخواتي وانا ضامن لرضاهم عنك، قال: تكون في سعة من ذلك وحلّ، قلت فان لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه. قلت: فان رجع الورثة علي، فقالوا اعطنا حقنا؟ فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأمّا بينك وبين الله فأنت منهما في حل إذا كان الذي حلّك يضمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك..

قلت: فان الرجل ضمن لي عن ذلك الصبي، وانا من حصته في حل فإن مات الرجل قبل ان يبلغ الصبي فلا شيء عليه؟ قال: الامر جائز على ما شرط لك.

مفروض الرواية تصريح الضامن بحلّية المضمون عنه، فلعل برائة ذمته لاجل التصريح المذكور لا انه مقتضى مطلق الضمان[٣].

(٢) على اختلاف بينهم في خصوصياته فلاحظ كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ج٢٢١/٣ (دار الفكر بيروت لبنان عام ١٤٠٩).

(٣) كما تقدم من عدم دليل على إعتبار التنجيز في مطلق العقود، في

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٤٦ ب١٤ ح٢.

(٢) المصدر ب٤ ح١.

(٣) على ان في الرواية اشكالا ثانيا وهو ظهورها او صراحتها في عدم رضى المضمون له، بل وعدم علمه بالضمان حتى وان كان صبيا غير بالغ ولا يتيسر الالتزام به.

الشرط السابع .

لا يقال : لا معنى لاشتغال ذمم متعددة بمال واحد .

فانه يقال : لا بأس به على ان يكون بعضها بدلا عن البعض على ان يكون الاشتغال طوليا لا عرضيا . إما على نحو الواجب المعلّق وإما على نحو الواجب المشروط كما عرفته .

بل يمكن فرضه مع عدم لحاظ البدليّة ، كما في تعاقب الأيدي على العين المغصوبة ، فان كل واحد من ذوي الأيدي ضامن لها على السواء فيما بينهم ولم تلحظ البدلية معه .

لكن في اول كتاب الضمان من الجواهر (١١٣/٢٦) . . بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتين فصاعدا بمال واحد ، وقد بينا ان المشغول به في تعاقب الأيدي على المغصوب ذمة واحدة ، وهو من تلف في يده المال مثلاً ، وان جاز له الرجوع على كل واحد ، وإلّا فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا . انتهى .

لكن امتناع كون الشي الواحد الشخصي في مكانين ، يختص بالامور التكوينية ، ولا يجري في الاعتباريات التابعة لاسبابها عند العقلاء والشرع ، فانها خفيفة المؤنة .

وفي المستمسك في شرح المقام : ونظير ذلك ، الوجوب الكفائي فانه يتعدد بتعدد الواجب عليهم ، مع وحدة الواجب ، فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد ، يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد .

وبالجملة هذا الضمان لا مانع منه ويشمله قوله تعالى : اوفوا بالعقود . وهذا هو مراد الماتن ﷺ ظاهرا من العمومات . لكن سيدنا الاستاذ الحكيم فسره بعمومات صحة الشرط واستشكل عليها بانها مخصصة بما لا يخالف

الكتاب والسنة ، والمراد به الشرط الذي لا يكون على خلاف الحكم الشرعي الاقتضائي ، فاذا كان مخالفاً للحكم الشرعي الاقتضائي كان باطلاً. والظاهر من الدليل الدال على كون الضمان موجباً لبرائة ذمة المضمون عنه كونه متقضياً لذلك حسب الارتكاز العقلائي ، لا ان البراءة لعدم المقتضى للاشتغال ، فاذا كانت براءة ذمة المضمون عنه لوجود المقتضى لها لا لعدم المقتضى للاشتغال ، فاشتراط الاشتغال يكون على خلاف الحكم الاقتضائي ، فلا يصح[1].

ما افاده على اساس الارتكاز العقلائي غير واضح ، على ان الرجوع

---

(١) ج١٣/٢٧٤ وله كلام طويل وفسّر الشيخ الانصاري ﷺ الشرط المخالف للكتاب والسنة ، بأنه ما كان على خلاف اطلاق دليل الحكم؛ فان اطلاق قوله ﷺ : فقد برئت ذمة الميت . يقتضي البراءة حتى مع الشرط المذكور ، فيكون الشرط المذكور مخالفاً لدليل الحكم فيبطل . واورد عليه في المستمسك بان اكثر ادلة الاحكام مطلقة من حيث العنوان الثانوي حتى الإحكام غير الالزامية وحينئذ يشكل الامر في اكثر الشروط ، إذ ما من شرط إلّا ويبدل حكم مشروطه إلىٰ للزوم وهو مناف لاطلاق الحكم المشروط ، ولازم ذلك بطلان الشروط عامة ، الا النادر منها وهو كما ترىٰ. ودعوى ان دليل المباحات والمكروهات والمستحبات انما دل على حكمها؛ بالنظر إلىٰ ذواتها مجردا عن ملاحظة عنوان آخر بخلاف دليل الواجبات والمحرمات حيث دل عليهما مطلقاً ، ممنوع ، فان الدليل في الجميع واحد مطلقة او مهملة بل ربما ورد في سياق واحد كقوله : يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث . وقوله : أحل الله البيع وحرّم الربوا .

ولمزيد التوضيح لاحظ ج١/١٢٥ إلىٰ ١٤١ من كتاب الشروط للسيد محمد تقي الخوئي الشهيد ﷺ .

ثم ان شككنا في مخالفة الشرط لحكم الله تعالى فلا يمكن التمسك بعموم المسلمون عند شروطهم لانه من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية الا بمعونة استصحاب العدم الازلي بان يقال انه قبل نزول الكتاب لم يكن هذا الشرط مخالفاً له وبعد نزوله كذلك فتأمّل .

إلى عموم الايفاء في العقود كاف للصحة وعلى انه ان تم فهو يتم بالنسبة إلى الميت المضمون عنه دون الحي فان ما دل على صحة الضمان عنه كموثقة ابن جهم (ئل ج١٨ / ٤٢٠ ب٤) ومتعبرة اسحاق بن عمار (ج١٨/٣٤٦ ب١٤ من أبواب الدين والقرض) ومعتبرة ابن بكير وعمرو بن يزيد ص٤٢٧ ب٦ من كتاب الضمان) لا يستفاد منها ذلك.

(مسألة ٣) : إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته وذمة المضمون عنه[1] وان أبرء ذمة المضمون عنه لم يؤثر شيئاً، فلا تبرء ذمة الضامن لعدم المحل للابراء بعد برائته بالضمان[2] إلّا ان استفيد منه الابراء من الدين الذي كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً ابراء ذمة الضامن[3] واما في الضمان بمعنى ضم ذمة إلىٰ ذمة، فان ابرء ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن ايضا[4] وان أبرء ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه، كذا قالوا. ويمكن ان يقال ببرائة ذمتهما على التقديرين[5].

(١) براءة ذمة الضامن للابراء واما المضمون عنه فذمّته في غير الضمان التبرعي ـ مشغولة للضامن ان ادّى المضمون للمضمون له، وإذ لا أداء بعد الابراء فتبرء ذمة المضمون عنه.

(٢) بلا خلاف فيه ظاهر، فان المضمون عنه لا تشتغل ذمته بالنسبة إلىٰ المضمون له بعدالضمان.

(٣) وجهه واضح.

(٤) فان ضمان الضامن معلق على ضمان المضمون عنه وفرع له، فيسقط باسقاطه. وحيث لا دليل على العكس فلا يبرء ذمة المضمون عنه بالابراء عن الضامن.

(٥) مراده من التقديرين إما القسمان من الضمان أو القسمان من ضم ذمة إلىٰ ذمة ويراد بهما ابراء الضامن وإبراء المضمون عنه، وكأن الثاني اقرب واما حكمه بامكان البراءة فلا يعرف له وجه الا ان يريد فرض العلم برفع اليد عن أصل الدين، وهو تابع لخصوصية كلام المضمون له ودلالته أو يجعل إبراء الضامن بمنزلة اداء الدين من قبله. لكنه ممنوع. وقال بعض المعلقين: حيث لم يعلم المقصود من ضم الذمة إلىٰ الذمة وأن ذمة الضامن هل هي وثيقة لذمة المديون كما صرّح بعض القائلين به بعدم جواز المطالبة من الضامن إلّا بعد عدم امكان الاداء من المديون او أن ضمانهما كضمان اليد مع تعدد الأيادي كما عن بعضهم جواز الرجوع إلىٰ كل منهما على التخيير، فلا داعي لنا لتفريع الفروع، سيّما مع عدم ملائمته لبعض ما فرعوا عليه. وعلى كل مقتضى ضمان رضى المدين أيضاً برائة ذمة المضمون عنه كما عرفته من موثقة ابن الجهم.

(مسألة ٤) الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له، [١] فلا يجوز للضامن فسخه، حتى لو كان باذن المضمون عنه وتبيّن إعساره[٢] وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه[٣] لكن بشرط ملائة الضامن من حين الضمان أو علم المضمون له باعساره، بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً باعساره، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور[٤]. بل الظاهر عدم الخلاف فيه ويستفاد من بعض الأخبار ايضا[٥]. والمدار - كما اشرنا إليه - في الاعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان معسراً ثم اعسر، لا يجوز له الفسخ[٦] كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار[٧] والظاهر عدم الفرق في ثبوت

الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أولا[٨] وهل يلحق بالإعسار تبيّن كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أولا؟ وجهان[٩].

(١) ولعله لا خلاف فيه لاصالة اللزوم في العقود[١].

(٢) كما مر، لكن هذا إذا كان الدين في الاول مستنداً إلى الضمان، فحينئذ لا عبرة بضرر الضامن فان فسخه ضرر للمضمون له، وأمّا لو كان الضمان بعد تحقق الدين فيحتمل جواز فسخ الضامن في فرض المتن، بعد توجه الضرر إلى المضمون له بإقدامه. فلا مانع من جريان قاعدة نفي الضرر بالنسبة إلى الضامن وحده. ان اجريناها لاثبات الخيارات.

(٣) لاصالة اللزوم.

(٤) والظاهر انه لاجل قاعدة نفي الضرر، لكن سيأتي ماقيل من بناء الاصحاب في البند الاخير من هذه المسالة.

(٥) وهو معتبرة ابن الجهم المتقدمة في الشرط الثاني، (ص١٥) ففي ذيلها: قلت: فما تقول في الصبي لأمّه ان تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه. قلت: فان لم يكن لها مال؟ قال: فلا.

لكن مورد الرواية التحليل دون إشغال الذمة بالدين، هذا اولاً، وثانياً أن ظاهرها كون الملاءة شرط الصحة لا شرط اللزوم. وثالثاً اختصاصها بالصبي وأمه والغاء الامومة لا بأس به واما الغاء صباوة الدائن فلا يمكن إلا في الاب، فان تحليله غير مشروط بالملاءة كما يظهر من الرواية نفسها. وفي غير الصبي يرجع إلى اطلاق صدر الرواية وغيرها، فلا تشترط ملاءة الضامن في صحة الضمان، نعم هي تشترط في لزومه لنفي الضرر على نحو ذكر في المتن.

---

(١) لاحظ دلائل هذا الاصل في القواعد الفقهية ج٦ وفي ج٥/١٦٣ ـ ٢٠٩.

(٦) لنفي الضرر وكأنه لا خلاف فيه.

(٧) لاستصحابه. وفي الجواهر (١٢٨/٢٦): بل قد يقوى عدم الخيار ولم يعلم به حتى تجدد اليسار للاصل (اصالة اللزوم). وفي المستمسك (ص ٢٧٩) نعم اطلاق كلمات الاصحاب يقتضي عدم الفرق بين زوال اليسار وبقائه.

اقول: لم يظهر وجه قوى للتفصيل بين فرض العلم باليسار وعدمه كما في الجواهر، فلو قيل بزوال الخيار في صورة تجدد اليسار مطلقاً كان أوفق ببناء العقلاء فلاحظ.

وقال ايضاً (١٢٩): ثم ان هذا الخيار على الفور أو التراخي؟ وجهان، ذكرناهما في نظائره، وقلنا ان الاصل يقتضي الثاني منهما، كما اعترف به غير واحد. ويظهر من السيد الاستاذ الحكيم ﷺ انه فوري.

فائدة: لم يذكر الماتن ملاءة الضامن في جملة شروط الضامن خلافاً للقواعد حيث قال العلامة فيها: الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد وجواز التصرف، والملاءة حين الضمان اوعلم المستحق بالاعسار. ولا يشترط استمرار الملاءة، فلو تجدد، لم يكن له فسخ الضمان، أما لو لم يعلم كان له الفسخ.

اقول: يظهر منه انه شرطها في لزوم العقد دون صحته كما فيالعروة ولاحظ ما ذكره المحقق الثاني في شرح كلام العلامة في جامع المقاصد ج٣١٢/٥.

٨ ـ وهو كذلك لعدم تأثير يساره في نفي الخيار. وقيل لاطلاق الفتاوى.

٩ ـ من نفى الضرر ومما يقال من عدم بناء الاصحاب على العمل

بنفي الضرر لاثبات الخيار في البيع وليس من انواع الخيار خيار المماطلة ، وكأنه لعدم الضرر فيها ، بل فيها تحديد سلطنة المالك عن ملكه وحبسه عنه .

اقول : مجرد ذلك أيضاً ضرر على المالك كما يفهم من موثق زرارة في بيان مورد لا ضرر ، وبناء الاصحاب إذا لم يوجب الاطمينان لا يكون حجة ، مع ان بناء غير المؤلفين منهم غير محرز .

وما عن صاحب الكفاية ﷺ من كون دليل نفي الضرر نافياً لا يثبت الخيار ، فيه إن سلمناه انه يرفع لزوم العقد فيصبح العقد جائز غاية الأمر أن فسخه من الحكم دون الحق وانه لا يترتب احكام خصوص الخيار ان كانت واما ما عن السيد الاستاذ الخوئي من ا لضرر في العقد الغبتي مثلاً ـ ليس من اللزوم حتى يرفع بلا ضرر، بل من احكام صحة العقد، ولازم نفي الضرر بطلان العقد ورفع الصحة، ولم يقل به أحد. فيمكن منعه وان الضرر ينشأ من اللزوم ، وان الصحة إذا لم يجب بها الوفاء على من يتوجه الضرر اليه من المتعاقدين لا توجب ضرراً فلاحظ وتأمل .

(مسألة ٥) يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له ، لعموم ادلة الشرط[١] والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما[٢] كما إذا قال الضامن أنا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوباً . أو قال المضمون له : اقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا ، ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط .

١ ـ قال سيدنا الخوئي ﷺ في التعليقة : فيه إشكال وكذا في ثبوت الخيار عند تخلّف الشرط ، والوجه فيه أن انفساخ عقد ما إذا لم يمكن في نفسه ولو بالتقايل ، فادلة الشروط لا تفي بصحة جعل الخيار فيه ، وبذلك

يظهر الحال في المسألة الآتية وتبعه تلميذه السيستاني في منهاجه في الاشكال.

٢ ـ قال بعض معلقي العروة: بنحو الالتزام في الالتزام، لا بنحو التعليق في الضمان وجواز الفسخ لتخلف الشرط كأصل الشرط، وان كان على القاعدة، لكن حيث يستلزم إشتغال ذمة المضمون عنه بعد الخلو، وذلك بدون رضاه خلاف القاعدة، فالقول بأن الفسخ مع التخلّف موقوف على رضا المضمون عنه لا يخلو من سداد.

أقول: بعد ما مر من صحة التعليق في العقود فلا ملزم لما ذكره هذا المعلق في صدر كلامه، واما ذيله ففيه ان مقتضى الشرط عدم برائة ذمة المدين المضمون عنه قبل الوفا بشرط الضامن، ولا بأس باشتغال ذمة المدين بعد الضمان على الأرجح كما سبق.

واما كلام السيد الأستاذ فجوابه ان المعيار في قبول عقد الانفساخ والاقالة وقبوله الخيار هو المرتكزات العقلائية العرفية، والعرف يرى هذه القابلية للضمان، فيشمله عموم الشرط. (ئل الباب ٦ من أبواب الخيار من كتاب التجارة).

وبنى السيد الحكيم ﷺ (٣٨٠/١٣) جواز الشرط وعدمه على كون اللزوم فيالمقام من الحقوق أو من الأحكام، فعلى الاول يجوز الشرط، وعلى الثاني لا يجوز، لانه مخالف للكتاب[١] والمرتكزات العرفية تقتضي الاول.. وعلى ذلك يبتنى جواز التقايل، لاختصاص الاقالة بما يكون الفسخ فيه من حقوق الطرفين، لان ادلتها العامة ليست واردة في مقام اثبات

---

(١) لعله يريد به قوله تعالى: اوفوا بالعقود.

قابلية المحل، وانما هي واردة في مقام تشريعها على تقدير القابلية، فالقابلية تحرز من الخارج، والاطلاق المقامي يقتضى الرجوع إلى العرف في احراز القابلية، والارتكاز العرفي يقتضي ثبوت القابلية فيما كان الفسخ من الحقوق الراجعة إلى طرفي المعاقدة. ثم قال ﵀: والظاهر اطراد ذلك في عامة العقود المتعلقة بالنفس أو المال، فان إيقاعها من حقوق الطرفين، وفسخها كذلك، ما لم يقم دليل على الخلاف كالنكاح والوقف.

والضمان من قبيل ذلك لان لزومه مأخوذ من أصالة اللزوم الذي هو من حقوق المتعاقدين ولا دليل على لزومه حكماً كالنكاح.

اقول: اكثر ما افاده واضح، واما تقسيم اللزوم إلى الحكمي والحقي فكأنه ﵀ اخذ من استاذه المحقق النائيني﵀[1] واورد عليه تلميذه السيد الاستاذ الخوئي﵀ في درسه[2] بعدم الفرق بينهما، فانهما كليهما بحكم الشارع، غاية الأمر قد سمّى الفقهاء الحكم الذي اختياره بيد المتبائعين حقا. وهذا لا يوجب اختلافهما في الحقيقة، وأنّ للجواز حقيقتين احديهما حقية والاخرى حكمية.

قلت: ما افاده السيد الاستاذ الحكيم لا بأس به ومناقشة سيدنا الاستاذ الخوئي ليست بذلك. ولذا اختاره مؤلف كتاب الشروط (٢٧/١) وهو ابن السيد الخوئي: وللسيّد الخوئي (رض) جواب آخر[3]:

والحق في الجواب ان هذه الروايات إنما وردت لجعل خيار الشرط

---

(١) لاحظ الفرق بين اللزوم والجواز الحقيين والحكميين في القواعد الفقهية للسيد البجنوردي ج٥/١٦٤.

(٢) مصباح الفقاهة ج٦/١٦٦ طبعة دار الهادي بيروت.

(٣) المصدر السابق ص ١٦٧.

في مورد لزوم العقد فتكون مخصصة لادلة الدالة على اللزوم لا منافية لها. ثم ذكر وجهه. ثم قال: ويمكن الجواب عن صاحب المستند بناء على المشهور من عدم رجوع الشرط إلىٰ جعل الخيار، وملخص ما ذكره أنّ اللزوم يرجع الى العقد، ان مطلقاً فمطلق وان كان مشروطاً فمشروط. فراجع تمام كلامه. الظاهر انه لا بأس بهذا الجواب ايضاً.

فما ذكره في التعليقة غير قويّ. ولاحظ كتاب الشروط ج ١٦/١ إلىٰ ٢٧ حيث تعرض لبيان الضابطة، والظاهر ان اراء مؤلفه هو آراء والده سيدنا الاستاذ الخوئي ﷺ.

قال العلّامة ﷺ في أوّل كتاب الضمان: وشرطه التنجيز، فلو علّقه بمجيء الشهر او شرط الخيار في الضمان فسد. والابراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه.

وقال في جامع المقاصد في شرح المتن: مختاره هنا فساد الضمان باشتراط الخيار فيه، وظاهر الكتاب في البيع الصحة وهو صريح التذكرة هناك، وهو الاصح للاصل وانتفاء المانع.

فان قيل: الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والابراء لا يدخله خيار الشرط؟

قلنا: هو حكم من أحكام نقل المال، لا انه يتضمّنه، فاذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة وإلّا فلا.

أقول: ظاهر العلّامة ان فساد جعل خيار الشرط لاجل اعتبار التنجيز، لكنه غير واضح وان لم نقل بانه إلتزام في التزام كما سبق عن بعض

المعلقين على العروة[١].

وللعلامة ﷺ دليلٌ آخر في ضمان القواعد، قال: ولو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلاً، لانه ينافي مقتضى الضمان، فان الضامن على يقين من الغرر. وجوابه ان الشروط كلها مخالفة لمقتضى العقد ولا دليل على بطلانها الا لزوم التناقض كأن يقال بعتك بشرط ان لا تملك، وليس هو مدلولا للدليل اللفظي حتى يتمسك باطلاقه في غير فرض التناقض، كما ذكره الماتن في حاشية المكاسب والسيد الاستاذ الخوئي في درسه (مصباح الفقاهة ج٦/١٦٦)[٢].

تكملة البحث

قال المحقق في بحث الخيارات من كتاب تجارة الشرائع: و(اما) خيار الشرط (فـ) يثبت في كل عقد (لازم معاوضة كان اولا) عدا النكاح والوقف. وفي الجواهر (٦٢/٢٣): بلا خلاف أجده في المستثنى منه الا في الضمان من الفاضل في أحد قوليه. والصلح مطلقاً من المحكي عن المبسوط والخلاف وخصوص ما يفيد منه فائدة الابراء من الكركي.. والكل شاذ ضعيف لعموم المقتضى وعدم ثبوت أن ما في الذمة إذا انتقل لا يعود، بل هو نقض بجملة من المقامات.

يظهر من كلام صاحب الجواهر أن القول بالمنع شاذ منحصر بقائل واحد. لكن في كتاب الشروط[٣] المشهور دخول خيار الشرط في الضمان،

---

(١) ولاحظ كتاب الشروط ج١/١٧١ إلى ١٧٤ ولاحظ صحيحة سلمان بن خالد التي استدل بها النائيني على نفوذ الشرط مع التعليق.

(٢) صحة اشتراط عدم مخالفة الشروط لمقتضى العقد لها دلائل مذكورة في محله، فلاحظ كتاب الشروط (مثلاً ج١).

(٣) ج١/٧٠ لمؤلّفه السيد الشهيد محمد تقي ابن سيدنا الاستاذ الخوئي ﷺ.

واختار جماعة عدمه وعن الشيخ النائيني ﵀ أفاما الضمان فكالنكاح لزومه حكمي لأن من اثره انتقال الدين إلى ذمة الضامن وبرائة المدين، فارجاعه إلى ما كان لا يمكن إلّا بضمان آخر...[١].

وعن السيد الاستاذ الخوئي ﵀ ايضا منع دخول خيار الشرط فيه لان الضمان لا يقاس بسائر العقود، فان له طرفاً ثالثاً وهو المضمون عنه الذي برئت ذمته بالضمان فكيف تشتغل ثانياً من دون رضاه. وليس كسائر العقود التي لا يعدو الحق غير الطرفين، فلا يكفي رضاهما لجعل هذا الخيار في الضمان.

وهذا هوالعمدة وان فرضنا اللزوم من الحق لا من الحكم لكن يمكن ان نجيب عن قول السيد الاستاذ وشيخه النائيني - رحمهما الله تعالى - بان الجمع بين روات الضمان وروايات نفود الشروط أنّ ذمة المدين انما تبرء في الضمان المشروط بالخيار براءة متزلزلة لا مطلقاً فلا مانع من اشتغال ذمته ثانياً بعد فسخ الضمان.

ويشير إليه ما عن مفتاح الكرامة[٢]: فاذا تحقق النقل غير المتزلزل تحققت البراءة والا فلا، فليتأمّل فيه.

وأورد عليه في كتاب الشروط[٣]: لكنه خلاف ظاهر تسالمهم على إقتضاء الضمان بمجرده لنقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن. قلت: لكنه نوع مصادرة. وعبارة مفتاح الكرامة كأنّها مأخوذة من عبارة

---

(١) المصدر السابق ٧٤ نقلا عن منية الطالب في شرح المكاسب قسم الخيارات ص٥٧.
(٢) ج ٣٥٢/٥.
(٣) ج٧٥/٢.

جامع المقاصد المتقدمة . وعلى كل لا فرق فيما ذكرنا بين الضمان التبرعي وغيره[١] ودعوى تسالم الاصحاب على ما ذكر مع ملاحظة كلام الجواهر لا تخلو عن غرابة .

(مسألة ٦) إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن من غير إذن مولاه أو بإذنه وقلنا أنه يتبع بما ضمن بعد العتق لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له[١] .

(١) قيل : لانه نوع من الاعسار الموجب للخيار ، لكنه لولا قاعدة نفي الضرر لم يكن للخيار دليل . وقدعرفت أن قاعدة نفي الضرر عند أهل العصر نافية لا تثبت الخيار ، وانما تجعل العقد غير لازم .

(مسألة ٧) يجوز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً[٢] بمثل ذلك الأجل أو ازيد أو انقص[٣] والقول بعدم صحة الضمان إلّا مؤجلاً وإنه يعتبر فيه الأجل كالسلِم ضعيف[٤] كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالا أو بالنقص . ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب كما ترى .

(١ ـ ٢ ـ ٣) كما يستفاد من اطلاق صحيح عبدالله بن سنان السابق (ص ٢٧ هذا) في الجملة ، واطلاق اوفوا بالعقود . وفي الجواهر (١٣٩/٢٦) في فرض ضمان الدين الحال مؤجّلاً ، بعد دعوى الإجماع عليه تبعاً للشرائع : إذ هو تأجيل للدين لا تعليق للضمان .

نعم ذهب في جامع المقاصد تبعاً للشيخ وفخر المحققين ﷺ إلىٰ منع ضمان المؤجّل حالا واستدلّ له الشيخ في محكي كلامه بأنّ الفرع لا يكون

---

(١) لاحظ كتاب الشروط من ص٧٠ إلىٰ ص ٧٦ ان شئت تفصيل البحث وان كان مختاره وهو مختار والده ضعيفا كما ذكرناه في المتن .

اقوى من الاصل. قلت: هو لا يرجع إلىٰ محصل.

واوجه منه ما عن ابن العلّامة، نقله والده عنه في المختلف: من ان الحلول زيادة في الحق ولهذا تختلف الأثمان به، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته، فيكون ضمان ما لم يجب فلا يصح عندنا.

وجوابه ان المضمون نفس الدين فقط والاجل ظرف أداء الدين.

وهذا الاختلاف يجري في فرض ضمان المؤجل مؤجلاً بأجلٍ أقلّ من أجله الاول ايضاً.

(٤) لاطلاق الادلة، خلافاً للشيخ وغيره، بانه لايصح ضمان الدين حالا، سواء كان حالا أو مؤجلاً، فكأنّ الأجل داخل في حقيقة الضمان عندهم أو هو شرط صحته، ولا دليل عليه.

(مسألة ٨) إذا ضمن الدين الحال مؤجّلاً باذن المضمون عنه[١] فالأجل للضمان لا للدّين[٢] فلو اسقط الضامن أجله أو أدّى الدّين قبل الأجل، يجوز له الرجوع على المضمون عنه، لأنّ الذي عليه كان حالاً ولم يصر مؤجّلاً بتأجيل الضمان[٣] وكذا إذا مات قبل إنقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه، واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجّلاً حتى بالنسبة إلىٰ المضمون عنه ضعيف[٤].

(١) ذكر هذا القيد لاجل الحكم الآتي من جواز رجوع الضامن على المضمون عنه، وإلّا فلا دخل له في أصل المسألة وان الأجل للضمان دون الدين.

(٢) كما عن جمع، وقبل في وجهه: أنه أجل لجواز مطالبة الضامن فلا تجوز مطالبته قبله، وهو لا يرتبط بالدين الّذي كان في ذمة المضمون

عنه، فانه لم يكن مؤجّلاً قبل الضمان، والضمان لا يقتضي تأجيله، لأنّ الشرط لم يكن متعلقاً به، وانما كان متعلقاً بالضامن. (المستمسك ٢٨٦/١٣).

أقول: ما افيد غير واضح، والدين في الواقع لا يخلو من كونه حالاً أو مؤجلاً ولا يتصف بكونه حالاً ومؤجلاً في وقت واحد، والاهمال في الواقع غير متصور، والعمدة ان الدين كان حالاً في ذمة المضمون عنه، ومقتضى اطلاق اذنه للضامن هو جواز رجوعه عليه بعد أداء الدين حالاً، فلا مانع من الرجوع المذكور في الصور المفروضة في المتن. نعم لو اذن للضامن بشرط التأجيل لم يصح رجوعه في الصور المذكورة قبله وان أدّاه الضامن عملاً بالشرط.

(٣) وأورد عليه بانه بعد فراغ ذمة المضمون عنه من الدين لاجل الضمان، لا دين هناك كي يعلل به الحكم. وكان اللازم على الماتن تعليله باطلاق ما دل على جواز رجوع الضامن على المضمون عنه بما دفعه، المقتضي للحلول... (المستمسك ٢٨٦/١٣).

أقول: نعم، لكن عرفت ان العمدة في جواز الرجوع اطلاق اذن المضمون عنه وطلبه، هذا اولاً وثانيا انا لم نجد اطلاقاً في أدلة جواز الرجوع على المضمون عنه، حتى خبر عمر بن يزيد (وسائل كتاب الضمان ب٦ ح٢) فما أدّعاه سيدنا الاستاذ الحكيم غير واضح.

(٤) عرفت حقيقة الحال منافي البند الثاني.

(مسألة ٩) إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك، فمات وحلّ ما عليه وأخذ من تركته، ليس للورثة الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد حلول أجل اصل الدين، لان الحلول على

الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه. وكذا لو اسقط أجله وأدّى الدين قبل الأجل، لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد انقضاء الأجل[١].

(١) كأنّه لا يوجد فيه خلاف، والله العالم ويعرف وجه المسألة من المسألة السابقة وكذا جواب المناقشة فيه. نعم إذا فهم من اطلاق الاذن وطلب الضمان جواز الرجوع بعد الاداء ولو قبل انصرام الأجل جاز الرجوع عليه، وهو آمر آخر. ويحتمل التفصيل بين المثالين، فيقال في الاخير بقول الماتن ولمشهور وفي الاول بجواز رجوع الورثة على المضمون عنه لقاعدة العدل التي بحثنا عنها في كتابنا الارض في الفقه.

(مسألة ١٠) إذا ضمن الدين المؤجّل حالا باذن المضمون عنه، فان فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، والا فلا يجوز، الا بعد انقضاء الأجل والاذن في الضمان اعم من كونه حالا[١].

(١) ما أفاده وان كان متيناً كبرويا في الجملة، لكن لا يبعد ان يقال ان طلب الضمان للدين المؤجل، حالا دليل عند العرف على جواز الرجوع عند الاداء واذن فيه كما ذكره بعض المعلقين وغيره، ونقل في المستمسك (٢٨٨/١٣ و٢٨٩) اقوالاً خمسة أو ستة، واختار هو ﷺ جواز الرجوع على المضمون عنه بسؤاله، مطلقاً، لاطلاق ادلة الرجوع على المضمون عنه، لكنا لم نقف على هذه الادلة ولم يذكرها هو ﷺ.

(مسألة ١١) إذا ضمن الدين المؤجّل بأقل من أجله وأدّاه ليس له الرجوع إلىٰ المضمون عنه إلّا بعد انقضاء أجله[١] وإذا ضمه بازيد من أجله فاسقط الزائد وأدّاه جاز له الرجوع عليه على ما مر ن ان أجل

الضمان لا يوجب صيرورة اصل الدين مؤجلاً[٢] وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد، فأخذ من تركته فانه يرجع على المضمون عنه[٣].

١ ـ هذا إذا أذن المضمون عنه بضمان الدين المؤجّل بأجله، واما إذا أذن بأقل من أجله فاذنه اذن بالاقل فللضامن الرجوع عليه بعد الأداء.

٢ ـ تقدم ان العمدة في جواز الرجوع هو إطلاق إذن المالك بتقريب مرّ، لا بما ذكره الماتن.

٣ ـ حال الموت حال الاستقاط في ان جواز الرجوع وعدمه يدور مدار اذن المالك على ما عرفت. إلّا على احتمال مرّ منا.

(مسأله ١٢) إذا ضمن بغير اذن المضمون عنه، برئت ذمته[١] ولم يكن له الرجوع عليه[٢] وان كان أداؤه باذنه أو أمره[٣] إلا أن ياذن له في الأداء تبرعاً منه في وفاء دينه كأن يقول: أدّ ما ضمنت عني وارجع به علي[٤] على اشكال في هذه الصورة أيضاً، من حيث أن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به[٥] وإذا ضمن باذنه، فله الرجوع عليه بعد الاداء وان لم يكن بإذنه[٦] لانه بمجرد الاذن في الضمان اشتملت ذمته من غير توقف على شيء. نعم لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن، ليس له الرجوع ليه، لأنّ الاذن على هذا الوجه كلا إذن.

(١) فان الضمان بمنزلة اداء الدين تبرعاً بالنسبة إلى برائة ذمة المضمون عنه. واما إذا ضمن بقصد الرجوع إليه، ففي بطلان القصد أو عقد الضمان وجهان، وعلى الثاني يبى ذمة المضمون عنه المدين مشغولة بدين الدائن.

(٢) لاصالة براءة ذمة المضمون عنه بالنسبة إلى الضامن المتبرع، وفي المستمسك جعل الاجماع المدعى في لسان جمع (وفي الجواهر:

الاجماع بقسميه عليه ج٢٦/١٣٣) حجة على براءة ذمته ، والا فلا مجال للاصل بعد وجود اطلاق دليل الرجوع على المضمون عنه بعد اداء الدين .

قلت : تقدم منا أنكار هذا الاطلاق وهو ﷺ مطالب بإراءته .

(٣) وهو أيضاً اجماعي (٢٦/١٣٤ من الجواهر) ودليله أن الاذن في اداء ما وجب ، أو الامر به ليس من أسباب الضمان .

(٤) لما في الجواهر (ص١٣٥) من قاعدة احترام مال المسلم وضمانه إلّا إذا بذله على جهة التبرع به . ثم قال : ولا ينافيها وقوع الضمان بغير إذنه ، فانه لا ينافي تبرع المضمون عنه بالوفاء فقوله حينئذ: أدّعني وارجع به عليّ كقوله لأجنبي : أدّ عن الضامن المتبرع وارجع به عليّ .

(٥) لما في المتن وغيره من انه مجرد وعد لا يجب الوفاء به . وفي مستمسك السيد الاستاذ (١٣/٢٩٣) : ان الوعد يختص بالاحسان المجاني ولا مجانية في الفرض لان الآمر أمر بالتبرّع عن نفسه . نعم إذا امره بالوفاء عن نفس المأمور ، فقال ادّ دينك ولا تعص ربك وعلي عوضه كان من الاحسان المجاني فيكون وعدا لايجب الوفاء به .

ثم الاظهر وجوب الوفاء بالوعد كما ذكرناه في حدود الشريعة لكنه حكم تكليفي لا وضعي كما هو المبحوث عنه فيالمقام .

قاعدة احترام مال المسلم

قال رسول الله ﷺ حين وقف بمنى حتى قضى مناسكها: فإن دمائكم واموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا وبلدكم هذا.. فانه لا يحلّ دم امرىء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه. كما في صحيح زيد الشحام عن الصادق عليه السلام (ئل ج١٩/٣ وج٢٩/١٠ ط ج).

وقال ﷺ: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر وأكل لحمه معصية وحرمة ماله كحرمة دمه، (موثقة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام) ئل ج١٢/٢٩٧ ب١٥٨ من أبواب أحكام العشرة من كتاب الحج).

المتيقن من حرمة الاموال والدماء في الحديثين الشريفين معاً هو الحرمة التكليفية دون الوضعية والضمان، فان استفادة ذلك غير ظاهرة منهما حق الظهور.

وقال سيدنا الاستاذ الخوئي كما في مصباح الفقاهة (حول قاعدة ما يضمن بصحيحه...) ان الحرمة ليست بمعنى الاحترام، بل هو بمعنى التحريم، ولا أقلّ من الشك، فلا يحرز أنها بمعنى الاحترام حتى يستفاد منها الضمان.

وفيه أولاً ان الحديث الاول يدل على ان الحرمة بمعنى الاحترام كما يفهم من التشبيه المذكور فيه.

وثانياً أن دلالة مجرد الاحترام على الضمان غير واضح كما اشرنا إليه

أوّل مرّة. والظاهر من الجواهر أنّ المراد باحترام مال المسلم هو الضمان[1] وعرفت النظر فيه.

بقي في المسألة فروع:

أوّلها: المثال المذكور في الجواهر: أدِّ عن الضامن المتبّرع وارجع به علي. ونظائره معاملة عرفية والمتشرعة عاملون بها، فالضمان فيه ضمان معاوضة. وفي المستمسك (٢٩١) آنها نظير القرض الذي هو تملك للعين بالضمان بالمثل أو بالقيمة. فاذا قال: اقرضني درهما او ثوباً كان ضامناً لدرهم في الأول ولقيمة الثوب في الثاني.

ثانيها: إذا كان الاستيفاء بالامر لا على وجه الضمان كما في سابقه، كما إذا قال ادّعني ديني أو أدّ عن الضامن المتبرع دينه أو قال خط ثوبي او اصلح نعالى وامثال ذلك، فالظاهر ايضا ضمان الامر ولا يسمع منه عرفا دعوى قصد المجانية وعدم الضمان، ما لم يقصدها المأمور.

وهذا الضمان في فرض التفات المأمور إلى الأجرة ضمان معاوضة وفي فرض الغفلة ضمان عدالة فان استيفاء عمل الغير وماله ظلم وعدوان مخالف لقاعدة العدل التي ذكرناها في كتابنا الارض في الفقه. وقيل أن الضمان لقاعدة احترام المال ومرّ ما فيه.

ثالثها: إذا استوفى عمل الغير بالامر لنفس الفاعل لا لنفسه ـ كما في موارد الامر بالمعروف وغيره ـ لا يضمنه بل السيرة على خلافه في الجملة.

واما إذا اشتمل على العوض كما إذا قال: صل اليومية ولك ان اعطيك لكل صلاة او في كل يوم درهماً، فمن جهة الحكم التكليفي لا يبعد

---

(١) ج٢٦/١٣٤.

وجوب الوفاء به خلافاً للمشهور على ما قرّرناه في كتابنا حدود الشريعة، واما من جهة الحكم الوضعي قال السيد الاستاذ الحكيم (٢٩٢) لا يجب عليه دفع العوض ـ أي الدرهم المذكور ـ لانه وعد واحسان مجاني فلا يجب الوفاء به. اقول: وفيه بحث إذ لا دليل لفظي عليه يتمسك باطلاقه. واشكل منه قوله: صل النوافل اليومية أو اعمل العمل الفلاني المستحب لنفسك ولك عليّ كذا، أو زر الإمام الفلاني وعليّ نفقتك. بل في الاخير يرجع الفاعل على الامر رجوع المغرور على الغار، ويمكن ان يستدل للضمان في الامثلة الثلاثة. بقوله تعالى أوفوا بالعقود بناء على ان العقد المذكور في الآية يشمل التفرد والايقاعات ومحل البحث، ولا وجه لحملها على العقود المصطلحة الفقهية فقط. فلاحظ وتأمل.

٥ وجهه واضح، وكأنه لا خلاف فيه وقد ادعى جمع عليه الإجماع ومعه لا حاجة إلى الاستدلال بخبر ضعيف كما في المستمسك وغيره.

(مسألة ١٣) ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلّا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه[١] وإنّما يرجع عليه بمقدار ما أدّى، فليس له المطالبة قبله،

إمّا لأن ذمة الضامن وإن إشتغلت حين الضمان بمجرده، إلّا أنّ ذمة المضمون عنه لا تشتغل إلّا بعد الاداء وبمقداره[٢]

وإمّا لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الاداء[٣] فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه[٤].

وإمّا لأنها وان اشتغلت بمجرّد الضمان إلّا أنّ جواز المطالبة مشروط بالأداء[٥].

وظاهرهم هو الوجه الأوّل[٦] وعلى أي حال ، لا خلاف في اصل الحكم ، وان كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته من حين الضمان في قبال اشتغال ذمة الضامن[٧] سواء أدّى أو لم يؤدّ . فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ثبت بالإجماع وخصوص الخبر[٨] عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه . قال : ليس له إلّا الذي صالح عليه . بدعوى الاستفادة منه ان ليس للضامن إلّا ما خسر ، ويتفرع على ما ذكروه أنّ المضمون له لو أبرء ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه اصلاً ، وان أبرء من البعض ليس له الرجوع بمقداره وكذا لو صالح معه بالاقلّ كما هو موردالخبر[٩] وكذا لو ضمن ضامن تبرعاً فأدّى ، فانه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وأن كان بإذنه ، وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً[١٠] .

(١) بل ادعى الماتن عليه الاجماع تبعا لغيره . وفي المستمسك : قد أخذ الاداء موضوعاً للرجوع في معاقد الإجماعات . وخالفه السيد السيستاني وحكم في ضمان منهاجه (في المسألة ١١٤٢) بجواز رجوع الضامن على المضمون عنه قبل وفاء مال الضمان ، وهذا هو المتعين إذا اشترط الضامن وفاء الدين من مال المضمون عنه ، ولعله خارج عن مقصودهم وان محل بحثهم فرض اطلاق ضمان الضامن او فرض ادائه من ماله . فان اطمئن احد بفتوى المشهور لاجل الأجماع فهو وإلّا فلا بأس من الحكم بجواز المطالبة للضامن حتى قبل وفاء الدين ، فانه مقتضى القاعدة كما اعترف الماتن رحمه الله وسيأتي بحثه .

(٢) هو خلاف ظاهر العقد الظاهر عرفاً في إشتغال ذمة الضامن

للمضمون له وبرائة ذمة المضمون عنه بالنسبة إلى المضمون له واشتغال ذمة لمضمون عنه بالنسبة إلى الضامن. واما عدم مطالبة الزيادة من الاداء فستعرف حاله عند التعرض للخبر الدال عليه.

(٣) هذا الوجه لا اشكال عليه وهو محتمل. وقد تقدم ان الضمان المعلّق لا اشكال فيه.

(٤) أي هو من الشرط المتأخّر.

(٥) هذا ايضاً محتمل ولا يرد عليه شبهة التعليق، فان الضمان فعلى وجواز المطالبة معلّق. لكنه لا ملزم له وهو مناسب بالخواص ويبعد فهمه عند أهل العرف.

وهنا احتمال رابع لعلّه أقرب من الاحتمالات الثلاثة في المتن، وهو ثبوت ضمان المضمون عنه بالنسبة إلى الضامن بعد برأة ذمته بالنسبة إلى المضمون له، لكن ضمانا متزلزلاً يستقر بالأداء لكن ذلك إذا تمت دعوى الاجماع ودلالة الخبر الآتي. وقيل: وإذا لم يحصل الاداء بطل الاشتغال وانفسخ واما الاحتمال الثالث في المتن، فالظاهر منه حصول الاشتغال بمجرد الضمان وبقاؤه وان لم يحصل الاداء أبدا[1].

(٦) والمتيقن انه قول جمع ونسبته إلى ظاهر العلماء تحتاج إلى ارائه شواهد من كلماتهم بعد المتتبع، والله العالم.

(٧) ما افاده مطابق لفهم العرف كما أشرنا إليه في البند الثاني وغيره فالضمان المعلق او المتزلزل عقدي. والاظهر انه ضمان فعلى غير متزلزل وغير معلق بعد عدم حجية الخبر والإجماع المنقول.

---

(١) المستمسك ج١٣/٢٩٤.

(٨) اما الاجماع فقد سبق الكلام فيه . واما الخبر فهو خبر عمر بن يزيد المروي في الكافي (٢٥٩/٥) بسند معتبر عن ابن بكير عنه قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن على رجل ضمانا ، ثم صالح عليه . قال : ليس له الا الذي صالح عليه .

ورواه في التهذيب مرسلاً (٢١٠/٦) عن عمر بن يزيد .

ورواه أيضا فيه (٢٠٦/٦) عن الحسين بن سعيد عن محمد بن خالد عن ابن بكير عن عمر بن يزيد بلفظ : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح على بعض ما صالح عليه .؟ قال ليس له إلّا الّذي صالح عليه .

ورواه ثالثاً فيه ايضا (٢١٠/٦) عن محمد بن علي بن محبوب عن بنان بن محمد عن صفوان عن ابن بكير ، قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه؟ قال : ليس عليه إلّا الذى صالح عليه . (جامع الاحاديث ج ٤٥٤/٢٣)

اقول : لا يبعد سقوط كلمة عمر بن يزيد عن الاخيرة ، بعد أن عبدالله بن بكير يروي الفاظا واحدة تارة عن عمر بن يزيد ، واخرى عن الصادق عليه السلام بلا واسطة وعليه فهي رواية واحدة يرويها عمر بن يزيد وهو مشترك بين ثلاثة اشخاص وادعاء سيدنا الاستاذ الخوئي قدس سره في معجم رجاله ، انصرافه إلى الثقة غير واضح وكذا دعوى غيره من بعض أهل الاستنباط فلايصح الاستدلال به سندا .

وعلى فرض التعدد يضعف خبر ابن بكير بجهالة بنان (عبدالله) بن محمد ، وخبر التهذيب الاول مرسل لا يعلم سنده أياً من كان عمر بن يزيد . هذا من جهة السند واما من جهة الدلالة فضعف الخبر الاول واضح ،

فانه لا دلالة له على نفي ضمان المضمون عنه ولا على عدم جواز مطالبة الضامن عنه قبل الاداء، والماتن ايضاً لم يجزم به، بل ظاهره التوقف، وان كان اللازم عليه رد الخبر نضعف دلالته، وانما هو يدل على انه ليس للضامن إلّا ما ادّى للمضون له، فلو صالح على مقدار أقل من الدين فليس له ازيد منه على المضمون عنه. واما الخبران الاخران في التهذيب فمتنهما مجمل كما لا يخفى. والمسلم انهما لا يدلان على ما قالوا.

(١٠) بناء على سقوط الخبر عن الحجية بضعف السند يبطل تفرع الفروع الاربعة وغيرها كلها، وللضامن الرجوع على المضمون عنه بتمام دينه المضمون. وأمّا بناء على حجية الخبر فتفرع الفرعين الاولين عليه واضح دون الاخيرين والله العالم.

فوائد:

١ ـ الاجماع ادعي على عدم جواز المطالبة وعدم الرجوع، لا على نفي الضمان قبل اداء الضامن ولذا يظهر من الشرائع تحقق ضمان المضمون عنه قبل اداءالضامن فلاحظه في اول ص٢٩٥ مستمسك العروة.

٢ ـ في المستمسك (٢٩٥): لما كان اشتغال ذمة الضامن بالضمان كان بامر المضمون عنه، وكان ذلك ضررا على الضامن، كان مضمونا على المضمون عنه ذكره في تصحيح المتن: (كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة...) وفيه ان نفي الضرر دليل سلبي لا يثبت الضمان. نعم لا بأس بان يستدل عليه ببناء العقلاء وقاعدة العدل.

٣ ـ قال في الجواهر لاثبات نفس المدعى المذكور في العروة: بان الضمان نوع اداء ولفرض حصوله بإذنه فيقتضى شغل ذمة المضمون عنه. ورد بانه لم يثبت كون الضمان اداء بالنسبة إلى ذلك (أي ضمان المضمون

عنه) وان كان هو كالاداء بالنسبة إلى ابراء ذمة المضمون عنه.

اقول: النظران مبنيان على ان سبب ضمان المضمون عنه هو الأداء، فالاول يقول ان الضمان اداء والثاني ينفيه (والحق مع الثاني على هذا الفرض) لكن لا ملزم له، وان الاداء ليس سبب اصلاً، بل السبب الضمان الا يقاعي كما سبق منافي التعاليق السابقة في هذه المسألة.

٤ ـ وعن بعضهم وكأنه المحقق النائيني ﵀: ان القاعدة تقتضي ذلك، من جهة ان اشتغال ذمة المضمون عنه انما يكون باستيفائه لمال الضامن، وهو انما يحصل بالاداء وقبله لا استيفاء. أقول: وفيه أن الضمان في المقام ليس من الاستيفاء بل من العقد. والاداء لا يرتبط بالمضمون عنه بل بالضامن وفراغ ذمته.

(مسألة ١٤) لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا او زكاة او صدقة، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه[1] ولا يكون ذلك في حكم الابراء وكذا لو اخذه منه ثم ردّه هبة[2]. واما لو وهبه ما في ذمته، فهل هو كالابراء اولا؟ وجهان، ولو مات فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه.

(١) فيه تردد لا سيما بناء على ضمان المضمون عنه بالاداء، وعلى رأينا من حذف الخبر سنداً ودلالة وعدم الاعتماد على الاجماع المنقول فلا إشكال في المقام.

(٢) هذا مما لا إشكال فيه على جميع الاقوال والمباني، كفرض الإرث.

(مسأله ١٥) لو باعه او صالحه[1] المضمون له بما يسوى أقلّ

من الدين أو وفاه الضامن بما يسوى أقلّ منه ، فقد صرح بعضهم بانه لا يرجع على المضمون عنه إلاّ بمقدار ما يسوي . وهو مشكل[٢] بعد كون الحكم على خلاف القاعدة وكون القدر المسلّم غير هذه الصورة وظاهر خبر الصلح ، الرضا من الدين بأقلّ منه ، لا ما إذا صالح بما يسوي أقل منه . واما لو باعه او صالحه او وفاه الضامن بما يسوى ازيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة[٣] .

(١) استظهر في المستمسك أنّ اصل العبارة : لو باع او صالح وقال : وفاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل .

(٢) ما أفاده الماتن ﷺ من الدليل لا بأس به ، ولكن يحتمل التفصيل بين البيع فيقال بقول الماتن وبين غيرالبيع من الصلح والوفاء فيقال بعدم الرجوع لقرب شمول الخبر ان قبلناه ـ له عرفاً لا لفظا .

(٣) لان الضامن متبرّع بالزيادة ، فلا وجه لتعلقها بذمة المضمون عنه ، ولعله لا خلاف فيه .

(مسألة ١٦) إذا دفع المضمون عنه إلىٰ الضامن مقدار ما ضمن قبل ادائه ، فان كان ذلك بعنوان الامانة ، ليحتسب بعد الاداء عمّا له عليه ، فلا اشكال ، ويكون في يده امانة ، لا يضمن لو تلف إلّا بالتعدي او التفريط[١] وان كان بعنوان وفاء ما عليه ، فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان وان لم يجب عليه دفعه الا بعد اداء الضامن[٢] أو قلنا باشتغاله لها حينه بشرط الاداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح ويحتسب وفاء ، لكن بشرط حصول الاداء من الضامن على التقدير الثاني . وان قلنا انه لا تشتغل ذمته

إلّا بالاداء حينه ـ كما هو ظاهر المشهور ـ فيشكل صحته وفاء ، لان المفروض عدم اشتغال ذمته بعد[٣] فيكون في يده بالعقد الفاسد وبعد الاداء ليس له الاحتساب إلا باذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به[٤] .

(١) كما هو المطرد في كل أمانة مالكية .

(٢) الضمان الفعلي هو مقتضى عقد الضمان عرفا ، وخبر عمر بن يزيد مضافاً إلىٰ الاشكال في سنده لا دلالة له على نفي ضمان المضمون عنه قبل اداء الضامن ، وأمّا جواز المطالبة ووجوب الدفع ، فلا يبعد انه تابع للقرينة اللفظية أو الحالية ومع فقدها ففي رجوع الضامن إلىٰ مقتضى الضمان الدال على وجوب الدفع ، ورجوع المضمون عنه إلىٰ اصالة البرائة من عدم وجوب الدفع وجهان .

(٣) كما عن العلامة في تذكرته حيث قال بالاشتغال فيجب عليه رده .

(٤) قيل مع الشك يكفى استصحاب الاذن السابق .

واما عدم ذكر الماتن احتمال التهاتر والتقاص كما ذكره في المسألة الآتية فلاجل وجود المال المضمون عنه في يد الضامن في الخارج فليس هو في الذمة .

(مسألة ١٧) لو قال الضامن للمضمون عنه : إدفع عنّي إلىٰ المضمون له ما عليّ من مال الضمان فدفع ، برئت ذمتهما معا[١] أما الضامن فلأنه قد أدّى دينه . واما المضمون عنه فلان المفروض ان الضامن لم يخسر ، كذا قد يقال[٢] والاوجه ان يقال : ان الضامن حيث أمر المضمون عنه باداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالاداء ، والمفروض ان ذمة المضمون عنه ايضا مشغولة له ، حيث انه أذن

له في الضمان ، فالاداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بامره ، ولاشتغال ذمة المضمون عنه ، حيث ان الضمان باذنه ، وقد وفى الضامن فيتهاتران او يتقاصان[٣] واشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المذكور في غير محله[٤] .

(١) كما في الشرائع .

(٢) كما في المسالك وقال : ويمكن اعتبار التقاص القهري . وعلى كل قول المسالك ضعيف بضعف خبر عمر بن يزيد اولا وبضعف استظهار عدم الخسران منه ثانياً كما مر . وفي المستمسك ص٣٠٣ عليه إشكال آخر .

(٣) التقاص فعل اختياري للمكلف وهو من العناوين القصدية ، بخلاف التهاتر فانه من الاعتبارات الشرعية . وفي جملة من الحواشي ان المقام من التهاتر دون التقاص . ووجهه ما عرفت . وبالجملة مختار الماتن متين .

(٤) قال في الجواهر (١٥٥/٢٦) وفيه أن اداء دين الضامن المأذون ، بمال المضمون عنه بإذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله ، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضا عليه مع عدم قصده ، وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه لعدم حصول الاداء منه ، فلا تقاص حينئذ لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما فتأمل .

وردّه في المستمسك (٣٠٣) بان الموجب لضمان الضامن لما أدّاه المضمون عنه ، أمر الضمان له بالاداء الموجب لصدق الاستيفاء الذي هو من اسباب الضمان لا لتحقق القرض حتى يتوقف على قصده ولا لتوقف الوفاء على كونه مديوناً للمديون حتى يمنع ذلك . .

اقول : وهذا الايراد وارد وكلام الجواهر عجيب من قائله .

وهنا تفصيل آخر للسيد گلپايگانى (الجلبايجاني) في التعليقة : بل الاوجه التفصيل بين القول باشتغال ذمة المضمون عنه حين الضمان فيشتغل ذمة الضامن للمضمون عنه بالاداء فيتهاتران وبين القول بعدم الاشتغال الا بعد اداء الضامن ، فان أدّى المضمون عنه مجاناً فلا تشتغل ذمته لعدم خسران الضامن وان أدّى باذنه بقصد اخذ العوض منه ، فإن اعطاه الضامن عوض ما أدّى عنه باذنه اشتغل ذمة له بالدين لانه خسر باعطائه وإلّا فلا كما مر في اداء الضامن ص٧٦٩ من العروة .

(مسألة ١٨) إذا دفع المضمون عنه إلىٰ المضمون له من غير اذن الضامن برئا معا كما لو دفعه اجنبي عنه .

أقول : وجهه واضح بعد المباحث المتقدمة .

(مسألة ١٩) إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن باذنه وأدّى ، ليس له الرجوع على المضمون عنه ، بل على الضامن ، بل وكذا لو ضمن بالاذن فضمن عنه ضامن باذنه ، فانه بالإداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الاول .

اقول: فان الضامن الثاني ضمن عن الضامن الاول فلا حق له في الرجوع على المضمون عنه الاول . لكن إذا لم يمكن الرجوع على الضامن وامكن الرجوع عليه لا بأس بالزام الحاكم اياه لقاعدة العدل .

(مسألة ٢٠) يجوز أن يضمن الدين بأقل منه ، برضى المضمون له[١] وكذا يجوز أن يضمن باكثر منه . وفي الصورة الاولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلا بذلك الأقل[٢] ، كما ان في الثانية لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين[٣] . إلا

إذا اذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة .

(١) تقدم ان الضمان في المقام بمعنى نقل ما في الذمة إلى ذمة الضامن ، وعليه يمتنع ما فرضه في المتن في الصورتين ، الا ان يرجع إلى ضمان البعض والابراء من الباقي . وكذلك في الفرض الثاني يرجع إلى الإشتراط والالتزام باعطاء الزيادة مجاناً .

اقول : إذا كان الضمان مع الزيادة باذن المضمون عنه ورجوع الضامن عليه ، يجري بحث الرباء ولم اجد عاجلاً من ذكره فتأمل . فان الزيادة جائت من قبل الشرط في العقد ، لا من القرض .

وأما بالنسبة إلى الاشكال الاول فيمكن ان نخلص عنه بلحاظ اطلاق قوله اوفوا بالعقود . بان يقال ان الضمان يقع على اقسام احدها ما مر من نقل ما في الذمة إلى الذمة الاخرى ومنها اثبات بدل ما في الذمة في ذمة اخرى اقل منه او اكثر ، وهذا ان لم تشمله الروايات الخاصة فرضا يشمله قوله تعالى : اوفوا بالعقود . فهو ضمان عرفي وان لم يكن بالاصطلاحي الفقهي فرضاً ولا تجري عليه احكامه الخاصة بلحاظ الروايات فرضا .

(٢) لخبر عمر بن يزيد الذي مر انه غير معتبر او لان موضوع ضمان المضمون عنه هو الاداء دون العقد والاداء تعلق بالاقل . والاوجه ان يقال باصالة برأة ذمة المضمون عنه من غير الاقل ، إذا لم يضمن كل الدين قبل تقليل الضامن .

(٣) إذا لم ياذن له المضمون عنه ، فانه تبرع من الضامن فلا معنى لرجوعه على غيره .

(مسألة ٢١) يجوز الضمان بغير جنس الدين[1] كما يجوز الوفاء بغير الجنس[2] وليس له ان يرجع على المضمون عنه الا

بالجنس الذي عليه[٣] إلّا برضاه .

(١) الكلام فيه هو الكلام بعينه في المسألة السابقة .

(٢) قيل بلا اشكال ، والنصوص به شاهدة (مستمسك ص ٣٠٥) .

(٣) قيل : لا طلاق خبر عمر بن يزيد : ليس له الا الذي صالح عليه . وقد عرفت ما فيه بل هذا الخبر يدل على عكس قول هذا القائل وان الضامن لا يرجع الا بما صالح عليه لا باصل الدين . لكن الخبر منصرف عن هذا جزماً فانه سيق في جانب تضييق الضامن لا في اعطاء الاختيار في مال المضمون عنه . ومع قطع النظر عن الخبر فهو تابع للتصريح أو القرينة ، ومع جهل المضمون يرجع بالدين .

(مسألة ٢٢) يجوز الضمان بشرط الرهانة[١] فيرهن بعد الضمان ، بل الظاهر جوازاشتراط كون الملك الفلاني رهنا بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان[٢] .

(١) اقول يجوز للمضمون له شرط الرهانة على الضامن ، كما يجوز للضامن شرطها على المضمون عنه ، بل لا مانع من جوازه للاول على الاخير ، بل تكفى رهانة الاجنبي وتصح .

(٢) في المستمسك (ص٣٠٧) بعد كلام طويل حول صحة شرطة النتيجة : لا ينبغي التأمل في صحة شرط النتيجة بعد ما ورد النص به في شرط الضمان في الإجارة والعارية وشرط الاجل في النسيئة والسلف وغير ذلك .

نعم لا مجال للبناء على جواز نذر النتيجة ، فان اللام في قول الناذر (لله عليّ) لام الملك ، فيتوجه على نذر النتيجة الاشكا لان السابقان (اولهما : انّ النتائج لا تقبل ان تكون مضافة الى مالك ، فلا يمكن ان تكون شرطا ، بناء

على أن الشرط مملوكة للمشروط له . فان له المطالبة به . ثانيهما ان مفاد صيغة النذر مجرد جعل تمليك بين المشروط له والمشروط ، لا جعل نفس المشروط ، فاذا لم يحصل الشرط لا يكون ثابتاً وهذا معنى بطلان شرط النتيجة) .

واحتمال ان تكون اللام لام التعليل ويكون معنى (لله علي) التزمت لله علي خلاف الظاهر جدا ، فالبناء على المنع من صحة نذر النتيجة في محله .

وفي منهاج السيد السيستاني : ولو لم يرهن الضامن بعد الشرط ففي ثبوت الخيار للمضون له اشكال . أقول لكنه ضعيف كما مر .

قال بعض المعلّقين : لكن ذلك لا يوجب سقوط اشتراط صحة الرهن بالقبض .

وفي المستمسك : ولا بد فيه من القبض ، بناء على اشتراطه في الرهن ، إذ لا فرق بين الموارد .

(مسألة ٢٣) إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن ، فهل ينفك بالضمان أو لا؟ يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه ، لانه بمنزلة الوفاء[١] لكنه لا يخلو عن اشكال هذا مع الاطلاق واما مع اشتراط البقاء او عدمه فهو المتبّع[٢] .

١ ـ عن الجواهر ان الضمان اداء وعن المسالك انه بمنزلة الاداء . لكنه غير واضح ، إذ المتيقن انه بمعنى فراغ ذمة المضمون عنه واشتغال ذمة الضامن مكانه فقط ، على المشهور ، فالصحيح ان يقال أنّ الرهن إن كان على الوفاء والاداء فهو باق وان افرغ الضامن ذمة المضمون عنه ، وان كان على فراغ ذمته انفك الرهن ، والظاهر هو الاول عند الاطلاق وان استظهر المستمسك وجمع من المعلقين الثاني ، لان الراهن انما وضع الرهن

لحسابه لا لحساب المرتهن. وفيه ان المرتهن انما شرط الرهن لحصول دينه كما هو ظاهر. واما على تفسير الضمان بضم ذمة إلى ذمة فلا شبهة في بقاء الضمان عند عدم القرينة.

٢ ـ عملا بلزوم العمل بالشرط.

(مسألة ٢٤) يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد[١] او على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام وحينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال[٢] بمعنى صرفه فيه. وعلى الاول إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان[٣] ويرجع المضمون له على المضمون عنه، كما انه إذا نقص يبقى الناقص في عهدته، وعلى الثاني لا يبطل، بل يوجب الخيار للضامن أو المضمون له أو هما. ومع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ واما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن بان يكون الدين في عهدة ذلك المال فلا يصح[٤].

١ ـ اما صحة الشرط فلقوله: المؤمنون عند شروطهم[١] وعن الجواهر عدم وجدان الخلاف فيه. واما المراد من قوله: في مال معين. فالاظهر ان يكون الاداء منه.

واما كونه على وجه التقييد فلعله يريد به كون الضمان مقيدا بالاداء من ذلك المال المعين وان الاداء قيد للضمان أي أضمن الضمان الذي يكون وفاء ماله من المال المعين واحتمل في المستمسك ان يكون الاداء قيدا

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب المهور ح٤.

للمضمون بمعنى انه يضمن المال الذي يكون وفائه من المال المعين .

٢ ـ للزوم الوفاء بالشرط .

٣ ـ فانه مقتضى التقييد وان فوات القيد يوجب فوات المقيد ، واشكل عليه سيدنا الحكيم ﷺ بانه يوجب الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف دون بطلان العقد . كما إذا قيل بعتك هذا العبد الكاتب ، فتبين انه غير كاتب . فلا فرق بين فوت القيد وفوت الشرط .

وما يقال من أنّ الصحة ـ مع الخيار ـ في موارد تخلّف الشرط من باب تعدد المطلوب وتعدد القصد؛ قصد قائم بالمجموع وبالمشروط وبالموصوف . وقصد قائم بالبعض وبالخالي عن الشرط والوصف ، فاذا فات القصد الاول كفى القصد الثاني . يرده بانتفاء القصدين غالبا كما يقال في فرض القصد ، فالفرق بين القيد والشرط يحتاج إلىٰ بيان مقبول . هذا

ولكن السيد الخميني ﷺ علّق على فرض التقييد بقوله : صحته كذلك محل اشكال . بل منع ، إلّا إذا كان كليا في المعين ، فان له وجه صحة . فان الكلّي في المعيّن لا يخرج من الكلية والذمة على ما هو التحقيق ، فيكون ضمانه في دائرة المعين ، فمع تلف الكل يبطل الضمان ومع بقاء مقدار الدين لا يبطل ويتعين للاداء ، ومع بقاء ما ينقص عنه يبطل بالنسبة .

واعلم ان الضمان المفسر بنقل ما في الذمة إلىٰ الذمة لا يعقل تقييده بالمال الموجود في الخارج كما يظهر من السيد الاستاذ الخوئي وغيره وقال السيد الخوئي : فينحصر الامر في الاشتراط ولا يترتب عليه الا وجوب الوفاء بالشرط ، كما مر من الاشكال في ثبوت الخيار بتخلفه . لكن اخير كلامه ضعفناه في ما مر، وان شئت فقل اشكالات المسألة ثلاثة .

١ ـ القييد بالمال ينافي تعلق الضمان بالذمة فلا يصدق عليه الضمان .

٢ ـ التقييد به يستلزم التعليق المفسد للعقد عند المشهور.

٣ ـ لم يعلم الفرق بين القيد والشرط.

ولصحة كلام الماتن وجوه:

الاول ما تقدم من تفسير التقييد بان يكون الاداء منه.

الثاني ما ذكره السيد الخميني من أن يكون العين اكثر من الدين حتى يكون من الكلي في المعين.

الثالث ما عن الشريعتمداري في التعليقة: الا ان يلتزم بكون الضمان نوع تعهد للاداء لكنه خلاف المشهور. وكأنه أخذه من المستمسك.. ارجاع اشتراط الضمان من مال معين إلىٰ تخصيص حق المضمون له بالمال المعين... عملا بعمومات الصحة وان لم تكن من الضمان المصطلح...(اول ص ٣١٣).

واورد بعض المعلقين ايضا على الماتن بان ظاهره تقيد الضمان باداء العين وهو يرجع إلىٰ التعليق الباطل بالإجماع ولم أجد من تعرض للمسألة إلا العلّامة ﷺ وهو المتفرد به على ما في مفتاح الكرامة. والظاهر ان مقصوده هو الاشتراط دون التقييد، كما ان صاحب مفتاح الكرامة حمل كلامه عليه من دون ذكر احتمال آخر.

اقول: ان تم الايراد فهو وارد على قول السيد الخميني ايضا:

فائدة: يمتاز حق الرهانة عن حق الجناية أولاً بان الأوّل (مضافاً إلىٰ تعلق الحق بالرهن) يقترن باشتغال ذمة الراهن. وعدم اقتران الثاني باشتغال ذمة المالك (فلا يضمن السيد بجناية عبده) وثانيا بان حق الرهانة مانع من التصرف في الرهن فكأنه قائم بالعين بما أنها مضافة إلىٰ مالكها حال الرهن بخلاف حق الجناية فانه غير مانع من التصرف، فلو باع المالك العبد

الجاني صح البيع وانتقل الحق معه ، فكأن الحق قائم به غير مقيد باضافته إلىٰ المالك بعينه كما في المستمسك ٣١٢.

فبناء على صحة الضمان في فرض التقييد فالظاهر أن تعلق الدين بالمال المعين تعلق الدين بالرهن فتكون ذمة الضامن مشغولة وعليه الوفاء من المال المعين ، ولا مجال لاحتمال كون التعلق به تعلق ارش الجناية ، وعلى تقديره يتعين البناء على سقوط الدين بالتلف بدون تفريط ، لا أنه يرجع المضمون له على المضمون عنه وكما عن العلامة في قواعده فان ارش الجناية المتعلق بالعبد الجاني يسقط بموته أنه يرجع المجني عليه إلىٰ مالكه أو غيره ، فانه بعد انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلىٰ المال المعين ، لا وجه لرجوعه إلىٰ ذمة المضمون عنه بتلف موضوعه نظير حق الزكاة الذي يسقط بتلف العين بدون تفريط.

(٤) لان الضمان الخاص المصطلح في الفقه المدلول عليه للروايات الخاصة هو نقل ما ذمة إلىٰ ذمة اخرى ومفروض المتن عدم اشتغال الذمة بل الدين على عهدة المال فهو غير صحيح ، نعم هو صحيح بعنوان أنه عقد من العقود فيشمله قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ ولعله راجع إلىٰ قول السيد السيستاني لا في تعليق جواز المطالبة على عدم ايفاء المضمون عنه بل في كونه ليس في الذمة وانه مجرد حكم تكليفي بالنسبة إلىٰ الضامن. فهو من قبل حق الجناية دون حق الرهن كما اوضحه في المسالك ونقله السيد الاستاذ الحكيم ص ٣١٢. والعمدة من الحكم المترتب على الضمان الفقهي هو برائة ذمة المضمون عنه بالضمان إذا رضى به الغرماء لكن في خصوص الميت (ئل ج١٨/٤٢٢).

واما موثقة ابن الجنهم (ئل ١٨/٤٢٠) ففيه برائة ذمة المضمون عنه

الحي بضمان رضى الدائن على اجمال في فقراته. لكن إذا قصد الضامن براءة ذمة المضمون عنه ورضي به المضمون له فقد برئت ذمته سواء كان الضامن ضامنا للمال في ذمته أو تعهد ضمانه في المال أي سواء على نحو حق الرهن او حق الجناية وهذا فليكن ببالك في جمع المسائل فالثمرة بين الضمان الخاص والعام. يظهر في فرض الاطلاق وعدم قصد ابراء ذمة المضمون عنه.

(مسألة ٢٥) إذا اذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه، فان قلنا ان الضامن هو المولى... (خارج من محل الابتلاء).

(مسألة ٢٦) إذا ضمن اثنان او ازيد عن واحد، فاما أن يكون على التعاقب، أو دفعة، فعلى الاول الضامن مَن رضي المضمون له بضمانه[١] ولو اطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق[٢] ويحتمل قويا كونه كما إذا ضمنا دفعة، خصوصا بناء على اعتبار القبول من المضمون له[٣] فان الاثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفا[٤] وعلى الثاني ان رضي باحدهما دون الآخر فهو الضامن، وان رضي بهما معا ففي بطلانه ـ كما عن المختلف وجامع المقاصد[٥] واختاره صاحب الجواهر[٦] او التقسيط بينهما بالنصف او بينهم بالثلث ان كانوا ثلاثة وهكذا[٧] او ضمان كل منهما، فللمضمون له مطالبة من شاء، كما في تعاقب الايدي وجوه اقواها الاخير[٨]، وعليه إذا أبرء المضمون له واحداً منهما برىء دون الآخر الا إذا علم ارادته ابراء أصل الدين، لا خصوص ذمة ذلك الواحد[٩].

(١) في المستمسك (ص٣١٤): تارة يرضى المضمون له بضمان احدهما دون الآخر واخرى يرضى بضمان احدهما ثم يرضى بالاخر، فعلى

الاول صح ضمان من رضى المضمون له به، لحصول شرطه، سواء كان سابقاً او لاحقا. وعلى الثاني صح ضمان الاول وبطل ضمان الثاني لانتفاء موضوعه بالأول، لانه أوجب فراغ المضمون عنه فلا معنى لضمان الثاني.

اقول: ما افاده ناظر إلى الضمان بمعنى نقل ما في الذمة إلى الذمة، واما بناء على ضم ذمة إلى ذمة، فيصح ضمان الثاني لعدم انتفاء الموضوع كما لا يخفى. وكذا بناء على قول السيستاني كما مر في ص ٢٤.

(٢) وعلله في مفتاح الكرامة بان الرضا المطلق رضى بضمان الاول فيشتغل ذمته فينتفى موضوع ضمان الثاني بعد براءة ضمان المضمون عنه.

لكنه ضعيف حتى بالانصراف إلّا على القول بالكشف.

(٣) ظاهر موثقة ابن الجهم عدم اعتبار رضا المضمون له (ئل ج٤٢٥/١٨ والكافي ج٢٥/٧) لكنه في ضمان الرضا دون اشتغال الذمة. الا ان يتعدى بالاولوية.

نعم في موثقة اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام إشعار بعدم اعتباره في ضمان الذمة. ففيه: في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت، فقال وليه: عليّ دينك. قال: يبرئه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده.. (ئل ج١٨ ب١٤ من أبواب الدين والقرض ص٣٤٦).

لكنه مقيد بصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين، فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت (المصدر) فانه كالصريح في اعتبار الاذن وكون الضمان عقد لا ايقاع الا في ضمان الرضا.

(٤) كون الرضا ناقلاً فليكن واضحا مسلماً. وعليه فنسبة الرضا إلى الايجابين للضمان متساوية كما عرفت. وكذا إذ حملنا صحيح ابن سنان

على اعتبار الرضا في الضمان لكونه من الايقاع دون العقود على وجه غير صحيح، فان الرضا وان كان شرطا خارجاً عن السبب المؤثر الا انه دخيل في ترتب الاثر، فيكون الاثر مقارناً له وتقدم احد الايجابين لا اثر له كما أشار إليه في المستمسك (٣١٤).

وعلى هذا فاحتمال الماتن من الحاق القسم الاول بالثاني اظهر.

(٥) ج٣٤٢/٥ واما ماتن جامع المقاصد اي العلامة ﵀ في قواعده (ج٣٤١/٥ نفس المصدر) فقد توقف في الحكم.

(٦) ج١٥٢/٢٦. وجه البطلان: امتناع انتقال الحق دفعة واحدة إلىٰ ذمم متعددة كما عن المختلف. وعدم اولوية احدهما بالصحة. كما في التذكرة.

واستدل في جامع المقاصد على البطلان اى بطلان العقدين معا، ببطلان تخيير الدائن في مطالبته من شاء من الضامنين. فان العقدين متعارضان، وجه التعارض ان انتقال المال إلىٰ ذمة أحدهما يقتضي أن لا ينتقل إلىٰ ذمة الآخر شيء فيكون ضمانه باطلا اذ لا نعنى بالباطل الا ما لا يترتب عليه اثره. وببطلان التنصيف فيطالب كل منهما بنصف المال ولو زادوا فبالحصة، لان الاصل صحة الضمان كما هو مستند القائل بالتخيير كابن حمزة. ولما امتنع انتقال المجموع إلىٰ كل من الذمين ولا اولوية، إنتقل إلىٰ كل واحدة منهما ما يقتضيه التحاص واجاب عنه في شرح المقاصد بانه خلاف ما اقتضاه العقدان واراده الضامنان بل ان كان العقد صحيحا ترتب عليه مقتضاه والا كان باطلا. وعند بطلان التخيير والتنصيف تعين بطلان العقدين.

(٧) عرفت وجهه في كلام جامع المقاصد مع جوابه. وفي

المستمسك (٣١٦): وقد يتوهم ان التقسيط مقتضى التزاحم. وفيه ان التزاحم يتوقف على وجود المقتضى في الطرفين وهو أوّل الكلام، فانه بناء على امتناع اشتغال الذمتين بتمام المالين يكون التنافي بين تطبيق الدليل بالاضافة إلى كل من العقدين ولعدم المرجح يسقط الدليل فيهما معاً.

(٨) جعله السيد الخميني اضعف الاقوال: لامتناع اشتغال ذمتين بتمام المال على الوجه الناقل (وجه النقل) الذي هو معنى الضمان على المذهب الحق، ولا يبعد كون الاول اقرب الوجوه. واختار الاول الگلپايگاني ايضا.

اقول: اما على مذهب ضم ذمة إلى ذمة فلا بأس بهذين الضمانين لعدم المنافاة.

وأما بناء على نقل ما في الذمة فقد نقل اختياره عن أبي حمزة في الوسيلة وعن درس العلامة وعن ظاهر الفخر وصريح الشهيد.

وذكر العلامة نظيره في تعاقب الايدي والواجب الكفائي .ورد اولا بان وجود النظير لا يصح دليلا، فان القياس باطل وثانيا بما في الجواهر[1] من انكار اشتغال ذمة الكثير فيه كما مر وانه غير متصور نعم جاز للمالك الرجوع على كل واحد منهم لحديث على اليد ما اخذت حتى تؤدي من دون ضمانهم، لكن وجوب الاداء على الايدي المتعاقبة من دون ضمان مبنى على دلالة الحديث المذكور على الحكم التكليفي فقط وهي مبنية على ان تكون تقدير الحديث هكذا: يجب على اليد (إداء) ما اخذت حتى تؤدي فيلزم اتحاد الغاية والمغيى وهو باطل مع ان نفس التقدير اداء خلاف الظاهر كما نبّه عليه سيدنا الاستاذ الحكيم فالحديث ان تم سندا دال على الحكم

---

(١) ج٢٦/١١٣ من الجواهر.

الوضعي فقط .

ثم ان عمدة الايراد على هذا القول استحالة مال واحد في مكانين ، ولا شك فيها في عالم التكوين لاستحالة مطلق الجسم في مكانين . واما في عالم الاعتبار فلا مانع منه فأي مانع من اشتغال ذمة كل من الضامنين بمال احد ، لكن على البدل فاذا اخذ المضمون له من احدهما وحصل حقه ، سقط الضمان عن الآخر ، وهكذا الامر في ترتب الايادي الغاصبة ان تم الحديث سندا او قام اجماع على جواز المطالبة من كل واحد[1] والا فالضامن من تلف المال في يده فقط .وعليه فمختار الماتن هو الاقوى ، ثم بعده بطلان العقدين معاً اما التقسيط فهو ضعيف الا ان يقوم عليه قرينة او لم يكن ضمان المتعدد من ضمان المجموع والا فلا ينبغي الشك في لزوم التقسيط كما ذكره السيد الخوئي في التعليقة .

(٩) وجه تفرع هذا الفرع على مختاره واضح . وللسيد الاستاذ الحكيم رحمه الله عليه اشكال وجواب دقيقين . وملخصه ان الابراء بمنزلة الاستيفاء ، لانه اسقاط كما في الذمة وقطع العلاقة بينه وبينه ، فيترتب عليه قطع العلقة بين المضمون له وسائر الذمم . وجوابه ان الابراء مجرد اخلائها من ماله بحسب الارتكاز العرفي فان كان له مستقر اخر فهو على حاله وليس الابراء بمعنى قطع العلقة بينه وبين ماله .

(مسألة ٢٧) إذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما علىالآخر بإذنه ، فان رضى المضمون له بهما صح[1] وحينئذ فان كان الدينان متماثلين جنسا وقدراً تحوّل ما على كل منهما إلىٰ ذمة

---

(١) ومنه يظهر ضمان المضمون الموجود غير التالف فلا بأس باعتباره في ذمة الضامن فعلا واستحالة وجودين لموجود واحد في الخارج، في الذمة ممنوعة .

الآخر ويظهر الثمرة في الاعسار واليسار[٢] وفي كون احدهما عليه رهن دون الاخر[٣] بناء على افتكاك الرهن بالضمان وان كانا مختلفين قدراً أو جنساً أو تعجيلاً وتأجيلا أو في مقدار الأجل، فالثمرة ظاهرة وان رضى المضمون له باحدهما دون الآخر كان الجميع عليه[٤] وحينئذ فان أدّى الجميع رجع على الآخر بما أدّى، حيث ان المفروض كونه مأذونا منه. وإن أدّى البعض، فان قصد كونه مما عليه اصلا، أو مما عليه ضمانا فهو المتبع، ويقبل قوله ان ادعى ذلك[٥] وان اطلق ولم يقصد احدهما فالظاهر التقسيط[٦] ويحتمل القرعة. ويحتمل كونه مخيرا في التعيين بعد ذلك[٧]. والاظهر الاول[٨]. وكذا الحال في نظائر المسألة، كما إذا كان عليه دين وعليه رهن ودين آخر لا رهن عليه، فأدّى مقدار احدهما[٩] او كان احدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع[٩] وهكذا، فان الظاهر في الجميع التقسيط، وكذا الحال إذا أبرء المضمون له مقدار احد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان او من الدين الاصلي[٩] ويقبل قوله إذا إدّعى التعيين في القصد[١٠] لانه لا يعلم إلا من قبله.

(١) إذا كان للضمانين اثر حتى مثل مجرد الاحسان في الضمان الاول وجزاء الاحسان بالاحسان في الضمان الثاني، وإذا فرضناهما عملا لغوا عند العقلاء فهما محكومان بالبطلان لعدم شمول الامضاء الشرعي لمثله.

(٢) فاذا كان احدهما معسرا ولم يعلم به المضمون له ثبت له الخيار، فاذا فسخ ضمانه استقرّ تمام المال على ذمة الآخر. وايضاً فان كان احدهما معسراً لا بد للدائن من النظرة إلى الميسرة وإذا ضمنه الموسر زالت النظرة.

(٣) تقدم منه الاشكال في افتكاك الرهن بالضمان في المسألة ٢٣، بل رجّحنا عدمه.

(٤) ووجهه غير خفي.

(٥) عن الجواهر بلا خلاف ولا اشكال. وفي المستمسك: وكأنّه لبناء العقلاء والمتشرّعة نظيراخبار ذي اليد عما في يده، بل هو اولى منه، لانه اخبار عن النفس (ولأنه اعرف بنيته وأنّه لا يعرف إلّا من قبله) نعم إذا كان في مقام النزاع ثم الرجوع إلىٰ الحاكم الشرعي يتعين اليمين عليه، لانه منكر فاليمين يحتاج إليه الحاكم لفصل الخصومة. ولا يحتاج غيره لترتيب آثار الصدق وهكذا جميع موارد الحجج، فان الحجة تكون مع المنكر، ولا يكتفى بها الحاكم بل يحتاج إلىٰ يمين إذا لم يقم المدعي بينة على صدقه، لقوله (صلى الله عليه وآله): انما اقضي بينكم بالبينات والأيمان، وان كان غير الحاكم يرتب آثار الواقع على الحجة التي مع المنكر، فان المنكر، فان المنكر من يوافق قوله الحجة، ولا يكتفى بها الحاكم في فصل الخصومة لانحصاره بالبينة واليمين ص ٣٢٠ و ٣٢١.

(٦) كما في القواعد وعلّله في جامع المقاصد (ج٥/٣٤٤) بامتناع صرفه إلىٰ احدهما نظراً إلىٰ عدم الاولوية فيتعين التقسيط لانحصار الحال فيهما. ثم ضعّف احتمال التخيير وصرفه الآن إلىٰ ما شاء بان المدفوع إليه مَلِكَه من حين القبض، فيمتنع ان لا يسقط شيء من الدين في مقابله، لان قبضه إنّما كان من جهته فتعيّن التوزيع.

واورد عليه في المستمسك بعدم الدليل على حصول الملك بالقبض كي يتعين، فان كل واحد من الدينين متعين في نفسه، ولذا لو عينه في الوفاء تعين فاذا كان متعينا في نفسه، كان محتاجا إلىٰ التعيين، لأنّ الوفاء

قصدي ، فالبناء على التقسيط لعدم المرجح ليس أولى من البناء على عدم التقسيط لعدم المرجح وقال في تعليقة على قول الماتن : «ويحتمل كونه مخيرا في التعيين بعد ذلك» : قد عرفت انه هو المتعين الذي تقتضيه الأدلة فيبقى المدفوع على ملك الدافع إلىٰ أن يعين المراد له .

ولاحظ كلامه بطوله من ص ٣٢١ إلىٰ ص ٣٢٢ ج ١٣ .

اقول : انكار حصول الملك بالقبض وادعاء بقاء المدفوع على ملك الدافع ربما يعد من الاعاجيب وهو من مصاديق قولهم : الفقيه متهم في حدسه . وعليه فلا يستقيم كلامه بطوله وما ذكره من الامثلة كلها قابل للمناقشة ونظر جامع المقاصد امتن .

(٧) احتمال التخيير ان تم لتم في فرض عدم تمامية سائر الوجوه ، ولكنك عرفت ضعفه في كلام المحقق الثاني رحمه الله .

(٨) لكن ذكر السيد الاستاذ الخوئي رحمه الله في تعاليقه على العروة قولاً رابعاً ، قال : بل الظاهر انه يقع وفاءاً لما في ذمته اصلاً ، فلا يجوز له الرجوع على المضمون عنه ، ما لم يقصد وفاء ما وجب عليه من قبله ، والوجه في ذلك أن الرجوع عليه من آثار اداء ماثبت في ذمته من قبله ، فما لم يقصد بخصوصه لا يترتب عليه اثره وبذلك يظهر حال نظائر المسألة .

اقول : الامر دائر بين هذا القول والقول الأول . ولا يبعد اختياره على قول السيد الاستاذ فان بعد تقسيط المدفوع بتقريب ذكره في جامع المقاصد يحق للدافع الرجوع من دون اعتبار قصد الوفاء عن المضمون عنه فيه فلاحظ نعم الاحوط القول الرابع .

(٩) الأظهر اشتراك الأمثلة الثلاثة في إلحاقها بحكم المقام . والله الهادي .

(١٠) تقدم وجهه في البند الخامس من شرح هذه المسألة.

مسألة ٢٨ : لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه[1] كما لا يشترط العلم بمقداره، فلو إدعى رجل على آخر دينا، فقال: عليّ ما عليه صح[2] وحينئذ فان ثبت بالبينة يجب عليه أداؤه سواء كانت سابقة او لاحقة[3] وكذا ان ثبت بالاقرار السابق على الضمان أو باليمين المردودة كذلك[4] واما إذا أقرّ المضمون عنه بعد الضمان او ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجة على الضامن إذا انكره[5] ويلزم (المضمون عنه) بادائه في الظاهر[6] ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فأقر الضامن أورد اليمين على المضمون له فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكرا وان كان اصل الضمان باذنه[7] ولا بد للبينة المثبتة للدين ان تشهد بثبوته حين الضمان فلو شهدت بالدين اللاحق أو اطلقت ولم يعلم سبقه او لحوقه لم يجب على الضامن اداؤه[8].

(١) لعدم دليل على اشتراطه. ومقتضى عدم الاستفصال في صحيحة ابن سنان (٤٢٢/١٨ ئل) الصحة فلاحظ. فضلاً عن إطلاق لزوم الوفاء بالعقد.

(٢) إذا كان الضامن مقدماً على الضمان في كل حال وكان العقلاء يقدمون على مثله كما اشرنا اليه في شرح المسألة الاولى.

(٣) اي سواء اقيمت البينة قبل الضمان او بعده. واعلم ان عموم حجية البينة بعد عدم اعتبار خبر مسعدة بن صدقة محتاج إلى دليل.

(٤) فقد قيل ان اليمين المردودة في حكم الاقرار في عدم الحجية

على الغير وهي لا تكون حجة الا للحاكم في فصل الخصومة.

(٥) لما عرفت. لكن في خصوص المقام المسبوق بالضمان لا يخلو عن نظر، ما لم يعلم كذب المضمون عنه في اقراره او سوء قصده في رد اليمن.

(٦) ورده في المستمسك ج١٣: (٣٢٤) بالعلم بفراغ ذمة المضمون عنه، لانه ان كان مشغول الذمة قبل الضمان، فقد برئت بالضمان وان كان بريء الذمة فلا موجب لاشتغالها باخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه.

وفيه ان مقتضى قاعدة العدل عدم برائة ذمة المضمون عنه إذا لم يثبت الدين على ذمة الضامن كما في المقام.

(٧) لاختصاص الاقرار بالمقر وعدم اعتباره على غيره واليمين المردودة مثله، نعم المتن لا يخلو عن اشكال فان فرض انكار المضمون عنه لاصل الدين مع اذنه بالضمان يتناقضان، فلاحق للمضمون عنه في الانكار، نعم هو يتم في مقدار الدين.

(٨) لعدم ضمان الضامن له.

(مسألة ٢٩) لو قال الضامن: عليّ ما تشهد به البينة. وجب عليه اداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام لانها طريق إلىٰ الواقع وكاشف (شفة ـ ظ) عن كون الدين ثابتاً حينه[١] فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له[٢] ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: لانه لا يعلم ثبوته في الذمة، الا أن يكون مراده في صورة اطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان. واما ما في الجواهر، من ان مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك، لانه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل

للعنوان ضمان ما في ذمته لتكون للبينة طريقاً بل جعل العنوان ما يثبت بها ، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها . فهو كماترى لا وجه له.

(١) ما ذكره واضح .

(٢) : من شاء تحقيقها فعليه بمراجعة الجواهر ج١٤٤/٢٦ و١٤٥ والمستمسك ج٣٢٥/١٣ ـ ٣٢٧ .

(مسألة ٣٠) يجوز الدور في الضمان بان يضمن عن الضامن ضامن آخر ، ويضمن عنه المضمون عنه الاصيل[١] وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع اصلا وبالعكس وبعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان ، مردود ، بان الاول غير صالح للمانعية ، بل الثاني أيضاً كذلك[٢] مع ان الفائدة تظهر في الاعسار واليسار[٣] وفي الحلول والتأجيل[٤] والاذن وعدمه[٥] وكذا يجوز التسلسل بلا اشكال[٦] .

(١) ولم ينسب الخلاف فيه الا إلى المبسوط ، بل يصح الدور المصرح ايضاً كما إذا اعسر الضامن أو ندم من الضمان فضمنه المضمون عنه الاصيل ولغير ذلك من الاغراض العقلائية .

(٢) اما الاول فليس بشيء وأما الثاني (عدم الفائدة) ففي المستمسك : لان مجرد عدم الفائدة لا يوجب الخروج عن اطلاق الادلة المقتضية للصحة . وجوابه ان الضمان العاري عن الفائدة العقلائية لا يسمى عقدا عند العقلاء فلا يشمله أدلّة الامضاء .

وهذا الايراد متوجه إلى قول الماتن (ايضاً كذلك) أيضاً . فالصحيح في الجواب قوله (مع ان ..) .

(٣) كما إذا تبين اعسار الضامن ولم يحب المضمون له بفسخه

الرجوع على المضمون عنه الاول فيضمنه من اخر وهكذا.

(٤) فيضمن الحال مؤجلاً أو بالعكس لنفع المضمون عنه أو المضمون له.

(٥) فالضامن الثاني لا يرجع على المضمون عنه الاصل إذا كان ضمانه بدون اذنه بخلاف الضامن الاول إذا ضمن باذنه مثلاً.

(٦) كأنه لا خلاف فيه والاطلاق يشمله ما دام لم يخرج تسلسل الضمانات عن المعاملات العقلائية.

(مسأله ٣١) إذا كان المديون فقيرا يجوز ان يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة او المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلا[١] بل وان لم تشتغل فعلا على اشكال[٢].

(١) ان اريد بالضمان، تعلق الدين بذمة الضامن، فإن كان موسراً فلا يجوز له الوفاء من الخمس والزكاة لبرأة ذمته لعدم استحقاقه. وان كان فقيرا فالوفاء المذكور وان كان جائزاً لكنه وفاء من ماله بعد قبضه الزكاة أو الخمس لنفسه، فعلى الفرضين لم يصح فرض المتن وان اريد بالضمان مجرد الوفا من المال دون اشتغال ذمته فهو اما بنحو الشرط او بنحو التقييد وقد مر حكمه في المسألة ٢٤. والماتن انكر التقييد واطلاق كلامه هنا قبوله كما أشار إليه الاستاذ في مستمسكه. على انه لم يثبت ولاية الضامن على مصرف الزكاة أو الخمس ليجعله مورداً لضمانه، بل لم ثبتت هذه الولاية للحاكم إلّا في حال الضرورة كاشتراء العلف مثلا للعين الزكوية ففي المقام لا يصح الشرط فضلاً عن التقييد.

على ان الضمان المصطلح لا يتحقق في غير نقل الدين من ذمة إلى

ذمة.

ومنه يظهر الحال ان اريد به فرض عدم تعلق الدين بذمة الضامن ولا بكون مصرف الخمس والزكاة متعهداً، بل اريد بالضمان مجرد التعهد بالوفاء من حق خاص. فقد أورد عليه في المستمسك انه مجرد وعد لا يجب الوفاء به. ويمكن ان يجاب عنه بانه نحو عقد يجب الوفاء به وان لم يكن من الضمان المصطلح فتأمّل.

وللمسألة صورة اخرى هي مراد الماتن ظاهراً، وهي أن الضامن يؤدي دين المديون من زكاة ماله أو خمسه، قال السيد السيستاني: إذا كان المديون فقيرا لم يصح ان يضمن شخص عنه بالوفاء من الخمس او الزكاة أو المظالم، ولا فرق في ذلك بين أن تكون ذمة الضامن مشغولة بها فعلاً أم لا. (منهاج الصالحين ج٣١٥/٢).

(٢) قوي، بل لا فرق بين الصورتين في البطلان على الاحتمالين.

(مسألة ٣٢) إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمسا جاز ان يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي بل ولاحاد الفقراء على اشكال[١].

(١) اما صحة الضمان بالنسبة للحاكم فمبني أولاً على عدم كون وجوب الخمس مجرد تكليف غير متعلق بالذمة كما ذهبنا إليه في بعض كتبنا ـ حدود الشريعة ـ فيما سبق. والا فلا يصح فيه الضمان فانه كضمان الحج والصلاة. وثانياً على عدم اعتبار المالكية في المضمون له وان مجرد الولاية يكفى لصحة الضمان وثالثاً على ثبوت الولاية للحاكم على الزكاة والخمس كما هو مفروض كلامهم وفي مستمسك الاستاذ: وكذلك الحكم في الصدقات المعينة للجهات إذا كانت دينا للجهة المعنية اعتبر قبول الولي

الخاص ان كان ، والا كان القبول من الحاكم الشرعي ، كل ذلك لعموم الادلة المقتضية للصحة .

أقول : صحة ذلك في المديون الميت أو المحتضر ثابت باطلاق بعض الروايات المعتبرةالمتقدمة في شرط قبول المضمون له وغيره وأما في غيرهما فلا يحضرني دليل يفي به ، بل لا يبعد القول ببطلان الضمان لاطلاق ادلة الخمس والزكاة وسائر الواجبات المالية بادائها على المكلف سواء ضمنها ضامن أو لم يضمنها ، ولا دليل على سقوط تلك الخطابات بمجرد رضى الحاكم الشرعي نعم ، لا باس بصحة الضمان بمعنى ضم الذمة إلى الذمة .

وأما الضمان لاحاد الفقراء فالمنع فيه اظهر إذ لا ملكية لهم قبل القبض ولا ولاية .

(مسألة ٣٣) إذا ضمن في مرض موته ، فان كان باذن المضمون عنه ، فلا اشكال في خروجه من الاصل ، لانه ليس من التبرّعات ، بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة ، وان لم يكن باذنه فالاقوى خروجه من الاصل كسائر المنجزات ، نعم على القول بالثلث يخرج منه .

وجه المسألة ظاهر واما تحديد مرض الموت فقد بحثنا عنه في الجزء الثاني من كتابنا الفقه ومسائل طبية وهو الان تحت الطبع .

(مسألة ٣٤) إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه[1] كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة ، وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون[2] وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعيّن ، كما إذا باع صاعا من صبرة معينة ، فانه لا يجوز

الضمان عنه والاداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة .

(١) قيل : لامتناع انتقاله إلى ذمة غير المديون ، لان ما في ذمة غير المديون ليس مصداقاً لما في ذمة المديون . أقول : يشترط في صحة الضمان رضى المضمون له ورضاه بمثل هذا الضمان اسقاط لقيد المباشرة من المدين لا محالة ، نعم إذا فرضنا مورداً لا يسقط قيد المباشرة برضى المضمون له كان المنع في محله وللسيد الحكيم طريق آخر راجعه في مستمسكه . ص ٣٣١ وص٣٣٢.

(٢) الدليل السابق وجوابه يجريان فيه . كما انه يمكن اجراء الضمان بمعنى ضم الذمة إلى الذمة فيه ايضاً فلاحظ ويمكن ايضاً الضمان بمعنى الوفاء من مال المضمون عنه من دون ان يشتغل ذمة الضامن كما تقدم . وهنا وجه آخر محتمل وهو انه لا بأس . بمثل هذا الضمان فان حقيقته في المقام ـ بناء على بطلان تعلق العين الخارجية في الذمة هو مجرد الوفاء أي الوفاء من المال المذكور وهذا الوجه يجري في المثال الاخير ايضاً . فتأمّل .

(٣) بناء على ان الكلي في المعين ثابت في الذمة ويجري فيه ما سبق . وفي المستمسك: فلو ضمنه بقصد الاداء من تلك الصبرة لا مانع من صحته .ولو ضمنه بقصد الاداء من صبرة اخرى مع بقاء تلك الصبرة لم يصح فانه ليس أداء للمضمون بل اداء لغيره هذا مع غض النظر عن ان الكلي في المعين ليس ثابتاً في ذمة فلا يكون ضمانه من ضمان ما في الذمة الذي هو موضوع كتاب الضمان على ما عرفت في الشرط الثاني انتهى كلامه بتقديم وتأخير .

(مسألة ٣٥) يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة ، لانها دين على الزوج[1] وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكّنة في

صبيحته لوجوبها عليه حينئذ[٢] . وان لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في اثناء النهار ، بناء على سقوطها بذلك[٣] واما النفقة المستقبلة فلا يجوز ضمانها عندهم لانه من ضمان ما لم يجب ولكن لا يبعد صحته لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجية[٤] وأما نفقة الاقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلىٰ ما مضى لعدم كونها دينا على من كانت عليه[٥] إلّا إذا أذن القريب ان يستقرض وينفق على نفسه او اذن له الحاكم في ذلك[٦] إذ حينئذ يكون دينا عليه[٧] وأما بالنسبة إلىٰ ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب[٨] مضافا إلىٰ ان وجوب الانفاق حكم تكليفي[٩] ولا تكون النفقة في ذمته ، ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال[١٠] .

(١) ولعله لا خلاف فيه ، كما يظهر من جماعة من الفقهاء .

واعلم ان نفقة الزوجة اما على نحو الملك ، كما في المأكول والمشروب والكسوة ، بناء على أن كلمة الرزق والكسوة في قوله تعالى : وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن . . بمعنى العين لا بمعنى المصدر كما هو غير بعيد من جهة الانصراف . وفي القاموس ان المصدر الرزق بفتح الراء وبناء على عدم الفرق في الزوجة بين الوالدة وغيرها .

ومثل الآية الشريفة في افادة الملك صحيح ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام : في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى؟ قال : أجلها ان تضع حملها وعليه نفقتها حتى تضع حملها[١] .

ومثله صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام بزيادة كلمة

---

(١) جامع الاحاديث ج٢٦/٥٨١ .

بالمعروف بعد كلمة نفقتهما. وصحيح حريز عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له من الذي أحتّن[١] عليه وتلزمني نفقته؟ قال: الوالدان والولد والزوجة[٢] ولا يبعد ان تكون حكمة تلزمني في قوة كلمة (عليّ) قال الراغب في المفردات في قوله تعالى: وما انفقتم من نفقة ولا ينفقون نفقة: والنفقة اسم لما ينفق. لكن لازم ذلك كون نفقة الوالدين ايضاً من باب الحق دون الحكم.

واما المسكن والفروش والحلي فهي إمتاع وليست بملك. وهل هي من باب الحكم التكليفي المجرد أو من باب الحق، فعلى الثاني يصح ضمانه لانه في الذمة. ويمكن أن يستشهد على الثاني بجواز مطالبتها من قبل الزوج والترافع إلى القاضي كما يأتي عن السيد الاستاذ الحكيم رحمه الله في نفقة الاقارب في البند التاسع.

(٢) الاظهر ان الزوجية مقتضية لوجوب النفقة والمتيقن من دليل عدم النشوز اللبي انه مانع من الوجوب، لا ان عدمه شرط الوجوب المذكور، كما فصلنا القول في احكام الانفاق والنفقة في ج٤ من كتابنا حدود الشريعة نعم المسلم وجوب النفقة عند الاحتياج عرفاً ولو في اليوم السابق حسب مقدمات الاكل. ولا دليل على وجوبها في صبيحة كل يوم مطلقا خلافاً للماتن. كما ان ما في المستمسك ص٣٣٣ من منع الاكتفاء بدفع الحبوب ونحوها، إذ هو خلاف اطلاق النفقة والرزق وإلّا لأجزء دفع الصوف والقطن في نفقة الكسوة غير ظاهر، والمستفاد من عمل المسلمين من الاول إلى الآن هو الفرق بينهما.

وبالجملة لا يستفاد من الادلة اللفظية شيئاً يطمئن به في كيفية النفقة

---

(١) احتن اى ارق وارحم.

(٢) الكافي ج١٣/٤ .

وآنها ما لا يحتاج إلى عملية اصلا، او ما هو اعم من ذلك فيرجع إلى الاطلاق المقامي او أصالة البرائة من الاول.

(٣) لاحظ الاحتمالات الثلاثة في المستمسك.

(٤) ليست الزوجية مقتضية لوجوب النفقة المستقبلة؛ بل بعد حلول الوقت والحاجة فليست هي دين في ذمة الزوج فلا ينتقل من ذمته إلى ذمة الضامن فليس بضمان مصطلح، نعم هو عقد برأسه ومقتضاه وجوب اداء النفقة المستقبلة في وقتها للزوجة، نعم إذا صرح الضامن باشتغال ذمته بها صار مشغول الذمة بعد رضا الزوجة فانه عقد ويشمله إلّا طلاق[1].

(٥) فانه حكم تكليفي صرف غير متعلق بالذمة فليس بضمان مصطلح فقهى الا بنحو عقد مستقل على ما عرفت. ولعله لا خلاف في كونه حكماً تكليفياً. لكن في الجواهر (ج٣١/٣٨٠) بعد نفي الخلاف ونقل الإجماع عن بعضهم: قد يشكل اصل عدم وجوب القضاء بان الاصل القضاء في كل حق مالي لآدمي.

وناقشه في المستمسك بان ظاهر الادلة التكليف بالبذل للنفقة في زمان الحاجة إليها، فلا موضوع له بالنسبة إلى الزمان الماضي ج١٣/٣٣٦.

(٦) في المستمسك ص٣٣٦: ويظهر منهم المفروغية عن صحة اذن الحاكم.

(٧) الدين يكون للمقرض لا للقريب المستقرض كما قيل فالمضمون له هو المقروض دون القريب.

(٨) ان اريد النفقة المستقبلة فلا حكم تكليفي ايضاً قبل حلول وقتها.

---

(١) وعلى كل تقدم صحة ضمان ما لم يجب فانه ضمان في الجملة.

(٩) وقال في المستمسك (٣٣٨) ان الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة القريب، أن الاولى من قبيل ملك النفقة والثانية من قبيل ملك الانفاق. واستدل له (ص٣٣٦) بجواز مطالبة القريب نفقته، وعرض الامر على الحاكم واذنه في الاستدانة، إذ لولا الملك والحق الوضعي لم تجز له المطالبة الا من باب الامر بالمعروف بشرائطه ولا رفع الامر إلىٰ الحاكم ولا لإذنه بالاستقراض. ثم قال: نعم لما كان الحق مرددا بين الحقين (ملك الانفاق عليه وملك النفقة كما صرح به اولا) لا مجال للاستصحاب في اثبات القضاء، لانه من قبيل الاستصحاب الجاري في المفهوم المردد وهو غير حجة، فيتعيّن الرجوع في وجوب القضاء إلىٰ اصالة البراءة. فهو حق وضعي لا تكليف محض.

اقول: بل يمكن ان يقال بان القريب يملك نفقته على القريب كملكية الزوجة، فيصح استصحابها ايضا، والمستند في ذلك صحيح حريز المتقدم في اخر البند الاول من هذه المسألة.

(١٠) بناء على ان وجوب الانفاق حكم تكليفي بحت لا يصح الضمان، بل مشروعية ضمان الاحكام غير ثابتة كما مر. وكذا لا يصح الضمان بناء علىعدم جريان الاستصحاب كما ذكره السيد الحكيم ﵀ وقد مر آنفا. واما على الوجه الذي قلنا فلا مانع من الضمان في النفقة الماضية والحاضرة واما في المستقبلة فضمانها لا بأس به تمسكاً باطلاق الآية لكنه ليس من الضمان المصطلح لانه ليس من نقل ما في الذمة إلىٰ الذمة الاخرى على انه من ضمان ما لم يجب.

والماتن ﵀ لم يتعرض لضمان نفقة القريب الحاضرة وقد جوزه جمع وهو الاظهر كما قلنا وقيل أنها كالخياطة إذا كانت دينا يجوز ضمانها.

(مسألة ٣٦) : الاقوى جواز مال الكتابة . .(المسألة خارجة من محل الابتلاء) .

(مسألة ٣٧) اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل وكذا مال السبق والرماية[١] ، فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل[٢] والاقوى وفاقاً لجماعة الجواز لا لدعوى ثبوته في الذمة من الاول وسقوطه إذا لم يعمل[٣] ولا لثبوته من الأوّل بشرط مجيء العمل في المستقبل[٤] ، إذ الظاهر أنّ الثبوت إنّما هو بالعمل ، بل لقوله تعالى : ولمن جاء به حمل بعير وانابه زعيم[٥] ولكفاية المقتضى للثبوت في صحة الضمان[٦] ومنع اعتبار الفعلي كما أشرنا إليه سابقاً .

(١) ـ بعد العمل يتحقق الضمان العقدي ولذا فرضه الماتن قبله .

(٢) ـ لان الضمان المصطلح نقل ما في الذمة إلىٰ ذمة اخرى وليس قبل العمل شيء في الذمة ، فلا تشمله روايات الضمان .

(٣) ليكون ترك العمل بمنزلة الفسخ فانه لا دليل على هذا القول اصلاً .

(٤) فان جعل العمل من الشرط المتأخّر احتمال مرجوح ، بل ظاهر الجعالة . استحقاق الجعل بالعمل بخلاف الاجارة حيث ان ثبوت الأجرة للاجير وملكية العمل للموجر بالعقد . ففي الجعالة والسبق والرماية يكون الضمان من ضمان ما لم يجب .

(٥) واورد عليه في المستمسك بان الآية تدل على مشروعية التعهد على النحو المذكور ولا دلالة فيها على انه من الضمان المصطلح او من قبيل الوعد الذي لا يجب الوفاء به ، لكنه ممنوع لظهور الآية في وجوب الوفاء

عرفاً، نعم لا يفهم من الآية براءة ذمة المضمون عنه فلعله من ضم ذمة إلىٰ ذمة لا من نقل ذمة إلىٰ ذمة، ويستفاد منها كفاية المقتضي للثبوت في الضمان كما ذكر الماتن في ذيل كلامه.

فان قيل قول المؤذّن غير حجة، بل لا يعلم انه كان كافرا أو موحداً.

قلت: في معتبرة هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليه السلام في قول يوسف عليه السلام أيتها العير انكم لسارقون. قال: ما سرقوا وما كذب. (البحار ج٦٨/١٤).

وهي تدفع السؤال المذكور فانها ظاهرة في كون المؤذن هو يوسف دون غيره لكن استصحاب الاحكام الثابتة في الشرائع السابقة، إلىٰ هذه الشريعة لا يخلو عن اشكال او منع كما تقرر في الأصول.

والاقوى صحة هذا الضمان لاطلاق قوله اوفوا بالعقود وان صرح في العقد ببرأته ذمة المضمون عنه صح ايضا تنفيذ الشرط.

(المسألة ٣٨) اختلفوا في جواز ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين، ذهب إلىٰ كل منهما جماعة، والاقوى الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عينا ومثلها او قيمتها على فرض التلف او كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها او قيمتها إذا تلفت. وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وآله الزعيم غارم وللعمومات العامة مثل قوله اوفوا بالعقود[1].

ودعوى انه على التقدير الاول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلىٰ اخرى. وايضا لا اشكال في أن الغاصب ايضا مكلف بالرد[2] فيكون من ضم ذمة

إلىٰ أخرى وليس من مذهبنا[٣] وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب ، كما أنه على الاول أيضا كذلك بالنسبة إلىٰ رد المثل أو القيمة عند التلف . مدفوعة بانه لا مانع منه بعد شمول العمومات غاية الامر أنه ليس من الضمان المصطلح ، وكونه من ضمان مالم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضي ، ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو اجماع ، وان اشتهر في الالسن بل في جملة من الموارد حكموا بصحته . وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا اجماع[٤] . وامّا ضمان الأعيان غير المضمونة كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعدّ او تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته[٥] . والاقوى بمقتضى العمومات صحته ايضا[٦] .

(١) ضمان الحكم التكليفي ـ أي وجوب رد العين المغصوبة مثلا إلىٰ مالكها ـ ان اريد به سقوط الحكم التكليفي من الغاصب ومن بيده المال ، فهذا لم تثبت مشروعيتهُ ، ولا وجه لسقوطه منه لكن في المستمسك ص ٣٤٥ : بل الظاهر أن الضامن في المقام انما يلتزم بالرد من دون ان يشغل ذمته بملك الرد للمالك ولاجل ذلك يكون من باب الوعد لا من باب الوضع والعقد ، فلا مجال للتمسك بعموم الوفاء بالعقد ، إذ لا عقد وانما هو محض الوعد . وبالجملة تارة يقول الضامن سأرد عليك واخرى يقول : لك علي ان ارد مالك فالاول من قبل الوعد والثاني من قبيل العقد ، والواقع في الخارج هو الاول وعلى تقدير الثاني فلا موجب لسقوط وجوب الرد على الغاصب . نعم لو كان . . . ، وان اريد به توجه الخطاب إلىٰ الضامن ايضا فيكون كلاهما مكلفا بردها فهو صحيح لاطلاق الآية الكريمة وان لم يكن

بضمان مصطلح وقد مر بحثه، كما صرّح به المحقق الثاني في جامع المقاصد (ج٣٢٢/٥) وتبعه جمع منهم صاحب الجواهر ـ ﷺ ـ واجاب سيدنا الحكيم ﷺ بان وجوب الرد من احكام عدم الإذن في الاستيلاء على العين، فاذا حصل الاذن لم يجب الرد ولو مع الضمان كالمقبوض بالسوم، فانه مضمون ولا يجب رده ما دام مشغولا باليوم، وإذا لم يحصل الإذن يجب الرد مع عدم الضمان كالامانة عند انتهاء مدة الائتمان، فانه يجب الرد ولا ضمان. ص٣٤٧.

اقول: مع إذن المالك بالاستيلاء يرتفع الحكم التكليفي بارتفاع موضوعه، لا انه يصحح انتقاله إلىٰ ذمة الضامن، بل الحكم المتعلق بالضامن حكم حادث بمقتضى عقد جديد. ولعله مراد المثبتين فيرتفع النزاع وان لم يكن بضمان مصطلح. وان اريد به نقل ما ذمة الغاصب إلىٰ ذمة الضامن فان اريد به الضمان الفعلي، فهذا غير صحيح فانه غير ثابت في ذمة المضمون عنه كذلك حتى ينقل إلىٰ ذمة الضامن[1] وان اريد به الضمان المعلق او المشروط فلا بأس به بناء على عدم اعتبار التنجيز في العقود والايقاعات.

ثم ان الحديث المذكور لا سند له، بل في صحيح الحسن بن علي بن

---

(١) بل قيل ان الاعيان الموجودة في الخارج يستحيل كونها ذمية، وان الموجود الواحد لا يكون في مكانين. واجاب عند السيد الاستاذ الحكيم ج٣٤٧/١٣ بان الخارج ظرف للوجود الحقيقي، والذمة ظرف للوجود الاعتباري، ولا مانع من ان يكون للشيء الواحد وجودات كالخارجي والذهني والذمي، وقال: الغاصب ونحوه مشغول الذمة بالعين فيصح الضمان عنه وبه تبرء ذمته من العين وتشتغل بها ذمة الضامن فقط. اقول: هذا وجه امكانه ولكن صحته في الحكم الوضعي فقط محتاجة إلىٰ دلالة دليل عليه. فافهم.

يقطين عن الحسين بن خالد المجهول قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم؟ قال: فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال. (ئل اوّل كتاب الضمان ٤٢١/١٨) بل في اطلاقه الشامل للمقام أيضاً تأمّل.

(٢) قطعا ولاحظ حدود الشريعة.

(٣) الضمان المذكور ليس مخالفاً للمذهب، وهو ضمان شائع في العرف ويشمله اطلاق الآية. فلا يضر عدم شمول الروايات الخاصة له.

تتمة: علق السيد الاستاذ الخوئي على قول الماتن: الاقوى الجواز: الظاهر فيه التفصيل، فان المنشأ إذا كان هو التعهد الفعلي للعين المضمونة ليترتب عليه وجوب ردها مع بقائها ودفع البدل عند تلفها، فلا بأس به للعمومات. ولا سيما انه متعارف في الخارج. وإذا كان اشتغال الذمة بالبدل فعلا على تقدير تلفها واشتغال ذمة الضامن الاول به متأخراً فهو واضح الفساد، بل صحته غير معقولة وإذا كان اشتغال الذمة بعد اشتغال ذمة الضامن الاول به على نحو الواجب المشروط فصحته مبتنية على عدم اعتبار التنجيز. وبذلك يظهر الحال في ضمان الاعيان غير المضمونة.

(٤) لا بأس بصحة ضمان ما لم يجب بالنظر إلى اطلاق الآية الكريمة. وما تقدم منافي التعليقة الاولى من قبول الضمان المعلق أو المشروط دون الفعلي فهو بالنظر إلى الروايات الخاصة.

(٥) لان العين امانة وليست بمضمونة في الاصل وعن التذكرة نسبة عدم الصحة إلى العلماء اجمع. وفيها: لانها غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد، وانما الذي يجب على الأمين مجرد التخلية. وعن الجواهر لاخلاف فيه ولا اشكال.

(٦) لاطلاق قوله تعالى: اوفوا بالعقود. وقوله اوفوا بـالعهد.. نـعم ليس هـو مـن الضـمان المـصطلح إذ لا مـضمون عـنه فـي المـقام. وفـي المستمسك: ولعل من ذلك ضمان شركة التأمين (بيمه) المتعارف في هذا العصر..

وقال ﷺ: قد يكون لعوض في مقابل إنشاء الضمان فيكون نظير عقد الاجارة، ولا بد فيه من انشاء الضمان بعد العقد، ويمكن أن يكون المال مبذولاً مجاناً بشرط انشاء الضمان أو بشرط تدارك الخسارة لو اتفقت فلا يكون ضمان في البين وانما يكون تدارك خسارة لا غير. واما بذل المال في مقابل تدارك الخسارة فلا يصح لعدم وجود الخسارة في بـعض الاوقـات فيكون المال بلا عرض ص٣٤٩/١٣.

(مسألة ٣٩) يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري[١] إذا ظهر كون المبيع مستحقا للـغير، أو ظـهر بـطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيد به الاكثر أو مطلقا كما اطلق آخر وهو الاقوى[٢] قيل[٣]: وهذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان. هـذا وأمّـا لو كـان البـيع صحيحاً وحصل بالخيار او التقايل أو تلف المبيع قـبل القـبض، فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البـائع لعـدم ثـبوت الحق وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب. بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التـعليل المـذكور[٤] نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في انه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان او لا؟ فالمشهور عـلى العـدم[٥] وعـن بعضهم دخوله. ولازمه الصحة مع التصريح بالاولى.

والاقوى في الجميع الدخول مع الاطلاق، والصحة مع التصريح، ودعوى: أنه من ضمان ما لم يجب، مدفوعة بكفاية وجود السبب[٦] هذا بالنسبة إلىٰ ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ. واما بالنسبة إلىٰ مطالبة الارش، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها[٧] لان الاستحقاق له ثابت عند العقد، فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أنّ الاقوى صحة الاول ايضا وأن تحقق السبب حال العقد كاف. مع امكان دعوى ان الارش ايضا لا يثبت الا بعد اختياره ومطالبته[٨] فالصحة فيه ايضا من جهة كفاية تحقق السبب ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع[٩].

(١) هوالمسمى بضمان العهدة. والفرق بينه وبين سائر افراد الضمان ان اشتغال ذمة المضمون في مقام الاثبات غير محرز كما في سائر الافراد. وتعليق هذا الضمان أيضا بحسب مقام الاثبات.

وقال في جامع المقاصد ج٥/٣٣٣: ويصح ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع، إذا كان قد قبضه البائع على تقدير خروج المبيع مستحقا (لغيره) لان الثمن حينئذ مقبوض بيد البائع بغير استحقاق، ورده على المشتري حق ثابت فيصح ضمانه.

اقول: إذا كان الضمان بعد ظهور بطلان البيع مثلاً فلا فرق بين المقام وسائر افراد الضمان وإذا كان قبله ففي شمول ادلة الضمان العقدى له نظر او منع لانها وردت في فرض ثبوت الحق على ذمة المضمون عنه.

واعتبر السيد الخميني تلف الثمن واستشكل في صحة الضمان مع بقاء الثمن بعينه في يد البائع فاذا تلف يتعلق بدل الثمن بذمة البائع فيصح الضمان عنه. نعم فرض السيد الحكيم الوجود الذمي للعين الموجودة في

الخارج ايضاً فاذا فرضناه امراً عقلائيا يمكن ان يقال ان الشارع لم يردع عنه فيضعف قول السيد الخميني ، لا سيما إذا فرضنا الصحة في المقام مختارة المشهور سواء تلف الثمن ام لا ، نعم إذا فسرنا الضمان بما فسره السيستاني فيما مضى من عهدة ايصال المال إلى مالكه ومن دون تعلق بالذمة صح الضمان في فرض بقاءالثمن وان انكرنا وجوده الذمي .

(٢) لانه عقد يشمله قوله تعالى : اوفوا بالعقود سواء صرح بنحو النقل من الذمة او بنحو ضم الذمة إلى الذمة .

(٣) اي ضمان درك الثمن الموجود عند البائع وان لم يكن بدين كما يظهر من جامع المقاصد (ج٥/٣٢٥) وذكر في وجه الاستثناء اطباق الناس عليه وعموم البلوى ودعاء الحاجة اليه .لكن صاحب المسالك جعل ضمان العهدة نوعا آخر من ضمان المال كما في المستمسک (٣٥١/١٣) .

وانكر السيد الاستاذ الخوئي ﷺ الاستثناء المذكور في تعليقته وقال ان حال المقام حال سائر الاعيان المضمونة . وقد مر تفصيله الثلاثي فيها في اواخر المسألة السابقة (٣٨) .

(٤) لعدم ثبوت الحق في الذمة وقت الضمان . لكن يمكن تصحيحه بصحيح حبيب الخثعمي (ئل ج١٩/٨٦) .

(٥) ـ كما عرفت من التعليل . والاقوى الصحة لاطلاق لزوم الوفاء بالعقود وان لم يكن من الضمان المصطلح الفقهي .

(٦) الظاهر عدم اعتبار وجود السبب في صحة الضمان بالمعنى الاعم عملا باطلاق الآية كما صرح في المستمسك ص ٣٥٢ ولعل اعتبار وجود السبب في كلام الماتن من جهة الشك في صحة الضمان عرفا من دون ملاحظة السبب .

(٧) كالعلامة في القواعد (٣٣٨/٥ جامع المقاصد) وصاحب الشرائع على تردد.

(٨) اشكال الماتن متين وقد ذكره في المسالك وجها لتردد الشرائع وما أورده عليه الشهيدالثاني في ذيل كلامه فقد فنده في المستمسك.

(٩) لا فرق في ضمان درك العوض بين الثمن والمبيع.

(مسألة ٤٠) إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا فالاقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض. وفي بعض الآخر يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفقة، فيرجع على البائع بما قابله. وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع ولا وجه له.

فانه خلاف الارتكاز العرفي فلاحظ. وفي المستمسك ص ٣٥٥ على الماتن ايراد تناقض في كلامه وعلى كل قبول قول الماتن في فرض فسخ البيع من قبل المشتري مشكل.

(مسألة ٤١) الاقوى وفاقاً للشهيدين[١] صحة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء او غرس في الارض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس فيضمن الارش، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع، خلافاً للمشهور، لانه ضمان ما لم يجب. وقد عرفت كفاية السبب[٢] ولو ضمنه البائع قيل لا يصح ايضاً كالاجنبي[٣] وقيل بالصحة لانه لازم بنفس العقد فلا مانع من ضمانه[٤] كما مر من كفاية تحقق السبب[٥] فيكون حينئذ للضمان سببان: نفس العقد والضمان بعقده وتظهر الثمرة[٦] عنه فيما لو اسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد، فانه يبقى الضمان

العقدي ، كما إذا كان لشخص خياران بسببين فاسقط احدهما . وقد يورد عليه[٧] بانه لا معنى لضمان شخص عن نفسه ، والمقام من هذا القبيل ويمكن ان يقال لا مانع منه مع تعدد الجهة[٨] هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان .

اما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به[٩] ويكون مؤكدا لما هو لازم العقد[١٠] .

(١) في اللمعة وشرحها .

(٢) تكرر من السيد الحكيم انه ضمان عرفي ومثله لا يحتاج إلى السبب . لكنه لا تعجبني هذه التسمية بعد شمول اطلاق الاية الكريمة الدالة على لزوم الوفاء بالعقود له كشموله للمصطلح الفقهي وكلاهما عرفي . وعلى كل يعلم وجه الصحة مما مر .

(٣) حكي عن المبسوط وجماعة ممن تأخّر عن الشيخ . ولعله لاجل انه ضمان ما لم يجب او لعدم تعدد المضمون عنه والضامن ، فليس من الضمان المصطلح الفقهي .

(٤) ورد بان نفس العقد على ملك الغير ليس موجباً للضمان؛ بل هو مترتب على الخسارة لقاعدة الغرور ـ كما ذكرناها في كتابنا (الارض في الفقه) وهي تتحقق بقلع الزرع وهدم البناء . والضمان المعاوضي الثابت في المعاوضات بنفس العقد اجنبي عن ضمان ما يحدثه المشتري من البناء والزرع وغيرهما .

(٥) ان اريد بالسبب العقد فقد عرفت انه ليس بسبب للضمان وانه الخسارة.

(٦) كما عن الشهيد في المسالك والروضة وللسيد الحكيم ﵀ عليه اشكال (٣٥٧/١٣) .

(٧) والمورد هو صاحب الجواهر﵀ (١٤٩/٢٦ او ١٥٠).

(٨) من جهة الغرور ومن جهة الضمان العقدي. ورد بانهما جهتان تعليليتان غير موجبتين لتعدد الموضوع فما ذكره في الجواهر واضح.

(٩) لعموم: المسلمون عند شروطهم.

(١٠) قيل الضمان ليس من الماهيات التشكيكية حتى تصلح للتأكد. فالمراد التاكيد في الاثر وهو وجوب الاداء.

(المسألة ٤٢) لو قال عند خوف غرق السفينة: الق متاعك في البحر وعليّ ضمانه صح بلا خلاف بينهم: بل الظاهر الاجماع عليه،[1] وهو الدليل عندهم. وأمّا إذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة اخرى من خفة السفينة ونحوها فلا يصح عندهم[2] ومقتضى العمومات الصحة[3].

(١) الاجماع عندي ليس بدليل والعمدة انه نوع تعهد سواء كان عقداً أو ايقاعا يشمله قوله تعالى: أوفوا بالعقود. فان العقد اللغوي يشمل العقود والايقاعات الفقهية معا فتأمّل. وعليه فلا فرق بين هذه الصورة ـ خوف الغرق ـ وسائر صور ضمان ما لم يجب كما إذا قال أحد لاحد احرق متاعك دفعاً للبرد وعلي ضمانه. ونحوه، ما لم تكن المعاملة سفهية غير عقلائية. فان الآية منصرفة عما هو غير عقلائية وغير معدود في العقود والايقاعات عرفا.

وعن ديات الشرائع: ولو قال: ألق متاعك في البحر لتسلم السفينة فالقاه فلا ضمان. ولو قال: وعلي ضمانه، ضمن دفعاً لضرورة الخوف.

وفي المستمسك ص ٣٥٩: ويحتمل ان يكون (الق متاعك..) عقداً ويكون قبوله فعليا، وهو الالقاء وان يكون قوليا كما إذا قال: قبلت، فيلزمه[1] الالقاء عملا بالعقد.. ويحتمل أن يكون ايقاعا نظير (خط ثوبي

---

(١) ومعنى ذلك ان القبول إذا كان قوليا كان العقد لازما وإذا كان فعليا كان العقد غير

ولك درهم) أو «رد عبدي ولك نصفه» وهذا هو الاقرب.

٢ ـ لانه من ضمان ما لم يجب ولا اجماع عليه. بل عن المبسوط الاجماع على عدم الضمان. لكن الاظهر هو الجواز على نحو ذكرناه من وجود فائدة عقلائية في الاتلاف والا فهو اسراف محرم مع الضمان وعدمه. ولا يصح الضمان لان العقلاء لا يقدمون على مثله فلا يكون ضمانا عرفيا حتى يشمله عموم قوله: اوفوا بالعقود.

تتمة: إذا قال: في فرض الخوف على السفينة: الق متاعك، واقتصر على ذلك قال في الشرائع: لم يرجع على القائل وليس عليه ضمانه. وفي الجواهر: بلا خلاف اجده بين من تعرض له.

وعن المسالك: والفرق بينه وبين قوله: أدّ ديني فأداه، حيث يرجع عليه، أن اداء دينه منفعة لا محالة، والقاء المتاع قد يفضى إلى النجاة وقد لا يفضي فلا يضمن إلّا مع التصريح. ورده صاحب الجواهر فلاحظ.

وفي المستمسك: ان الثاني داخل في قاعدة عقلائية من استوفى مال الغير فهو له ضامن. وفي المقام (الق متاعك في البحر) إذا كان الامر بالالقاء لمصحلة الامر كان ضامنا للمتاع، وإذا كان لمصلحة المأمور لا غير ـ كما إذا كان الآمر خارجا عن السفينة وكان الباعث على امره مصلحة المأمور ـ لم يكن ضامنا لعدم تحقق استيفاء مال الغير.

اقول: الظاهر سلامة ما افاده من التفصيل، من الايراد.

لازم بعدم كماله وتمامه. نعم الضمان بعد الالقاء لازم على الموجب فلا تغفل.

فائدة مهمة

في موثق زرارة ب٣١، ج٥ من أبـواب الديـن والقـرض (٣٧٥/١٨ ئل): سألت أبا عبدالله (او أبا جعفر) عليه السلام عن رجل مات وترك عليه دينا وترك عبداً له مال في التجارة وولدا. وفي يد العبد مال او متاع وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تـجارة (تـه) وان الورثـة وغـرماء المـيت اختصموا فيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقبة العبد. فقال: أرى ان ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المتاع والمال، إلّا ان يضمنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد وما في يده للورثة، فان أبوا كان العبد وما في يده للغرماء يقوم العبد وما في يديه من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص، فان عجز قيمة العبد ومافي يديه عن اموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقى لهم، ان كان ترك الميت شيئاً، قال: وان فضّل مـن قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء رد على الورثة.

تدل الرواية على أمور:

١ ـ صحة ضمان الورثة للغرماء من دون اذن الغرماء ولا رضاهم ولا يبعد الالتزام به في مورد الرواية فيكون الضـمان ايـقاعا، ويـمكن صـحة الضمان حتى في فرض استيعاب الدين للـتركة كـما يسـتفاد مـن الروايـة ولاحظ كتابنا لئالئ المستمسك ايضا.

٢ ـ تعلق حق الغرماء بمال الميت وعدم ولاية الورثة على ذلك، ما لم يضمنوا وان كانت صحة ضمانهم تكشف عن اولويتهم بالتركة.

٣ ـ جريان البند الثاني حتى في فرض العلم بعدم الاستيعاب وهذا مشكل جدا. ولاحظ كتابنا لئالئ المسـتمسك فـان هـذا البـحث مـذكور فـيه

مفصلا .

تتمة

قال الماتن (ﷺ): قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة ، الاتفاقية وإلا ختلافية أن ما ذكروه في اول الفصل من تعريف الضمان وأنه نقل الحق الثابت في ذمة إلى أخرى وأنه لا يصح في غير الدين ولا في غير الثابت حين الضمان ، لا وجه له ، وانه اعم من ذلك حسب ما فصّل .

أقول : عرفت وجهه وان الضمان الخاص هو ما كان مدلولا للروايات الخاصة ولكن الضمان المستفاد من الكتاب العزيز اعم منه وانه يمكن تبرءة ضمان المضمون عنه في الضمان العام ايضاً بالتصريح . ثم ما ذكره الماتن ﷺ في التتمة انما هو ما يتعلق ببيان الشبهة الموضوعية ، وما قبلها بيان لاحكام الضمان الكلية كما نبه عليه السيد الحكيم ﷺ .

(مسألة ١) لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان فادعى انه ضمنه ضامن وانكره المضمون له ، فالقول قوله . وكذا لو ادعى انه ضمن تمام ديونه وانكره المضمون له ، لاهالة بقاء ما كان عليه[١] ولو اختلفا في أعسار الضامن حين العقد ويساره فادعى المضمون له اعساره فالقول قول المضمون عنه[٢] وكذا لو اختلفا في اشتراط للمضمون له وعدمه فان القول قول المضمون عنه[٣] وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمه[٤] .

(١) لاستصحاب عدم الضمان فيترتب عليه اثره الشرعي وهو بقاء الدين على ذمة المدين .

(٢) هذا فيما إذا لم يكن لليسار أو الاعسار حالة سابقة وإلّا فتستصحب ويكون منكرها مدعيا ومدعيها منكراً . وجه تقديم قول المضمون عنه في فرض عدم جريان الاصل في الحالة السابقة هو أصالة

اللزوم. ورد بانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية. لكن الماتن قال به في بحث الربا في الجزء الثالث من العروة صريحاً، خلافاً للمتأخرين، وصاحب الكفاية معاصره رحمهما الله وسيد الاستاذ الحكيم ﷺ في حقائق الاصول حيث قالا به في خصوص كون المخصص لبيا، وطبقه الاخير على المقام (١٣/٣٦٤) فانه لا دليل لفظي على اشتراط يسار الضامن سوى بناء العرف، لكن في صحة قولهما كقول الماتن وتفصيل آخر للنائيني وسيدنا الاستاذ الخوئي ﷺ إشكال ونظر. وعليه فيشكل تقديم قول المضمون عنه كما افتى به الماتن وغيره.

هذا كله إذا كان المعيار في تمييز المدعي والمنكر الغرض المقصود. واما بناء على مختارنا من انه مصب الدعوى فكل منهما مدع ومنكر وحيث لا حجة لاحدهما، يرجع امرهما إلى التحالف والانفساخ.

(٣) لاصالة عدم اشتراط الخيار.

(٤) قيل لاصالة صحة الضمان بلا فرق بين المضمون عنه وله:

(مسألة ٢) لو اختلف الضامن والمضمون له في اصل الضمان او في ثبوت الدين أو في مقدار ما ضمن أو في اشتراط تعجيله أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً أو في اشتراط شيء عليه زائداً على اصل الدين فالقول قول الضامن[1] ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالا او زيادة أجله مع كونه مؤجلاً أو وفائه او ابراء المضمون له عن جميعه أو بعضه او تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه[2] او اشتراط خيار الفسخ للضامن او اشتراط شيء على المضمون له او اشتراط كون الضمان بما يسوي اقل من الدين قدم قول المضمون له[3].

(١) لاصالة عدم ما يدعيه المضمون له في هذه الموارد السبعة.

(٢) فتبرء ذمة الضامن من الدين عملا بالشرط .

(٣) لاصالة عدم ما يدعيه الضامن في جميع الموارد الثمانية .

(مسأله٣) لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه ، أو في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع وعدمه أو مقدار الدين الذي ضمن وانكر المضمون عنه الزيادة او في اشتراط شيء على المضمون عنه[١] او اشتراط الخيار للضامن قدّم قول المضمون عنه[٢] ولو اختلفا في اصل الضمان أو في مقدار الدين الذي ضمنه وانكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن[٣] .

١ ـ اى في عقد آخر غير عقد الضمان . واما فيه فالمضمون عنه خارج عن طرفي العقد ، فلا معنى لإشتراط شيء عليه .

٢ و٣ ـ لاصالة العدم في جميع الموارد ، الا إذا أقام المدعي بينه على مدعاه .

(مسألة ٤) إذا انكر الضامن الضمان ، فاستوفي الحق منه بالبينة ، ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر لإذن او الدين ، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلما . نعم لو كان مدعيا مع ذلك الإذن في الاداء بلا ضمان ولم يكن منكرا لاصل الدين وفرض كون المضمون عنه ايضا معترفا بالدين والإذن في الضمان، جاز له الرجوع عليه . إذ لا منافاة بين انكار الضمان وادعاء الاذن في الاداء[١] فاستحقاقه الرجوع معلوم ، غاية الامر أنه يقول : ان ذلك للاذن في الاداء[٢] والمضمون عنه يقول انه للاذن في الضمان ، فهو كما لو ادعى على شخص انه يطلب منه عشر قرانات قرضا ، والمدعىٰ (عليه)؟ ينكر قرضا ويقول انه يطلب من باب ثمن المبيع ، فاصل الطلب معلوم[٣] و لو لم يعترف المضمون عنه

بالضمان أو الاذن فيه وثبت ذلك عليه بالبينة ، فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه(٤) وهل يجوز للشاهدين على الآذن في الضمان حينئذ ان يشهد بالاذن من غير بيان كونه الأذن في الضمان أو كونه الآذن في الاداء؟ الظاهر ذلك[٥] وان كان لا يخلو عن اشكال[٦] وكذا في نظائره ، كما إذا ادعى شخص على آخر انه يطلب قرضا وبينته تشهد بانه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض ، فيجوز لهما ان يشهدا باصل الطلب من غير بيان انه للقرض او لثمن المبيع على اشكال .

(١) يمكن الخدش فيه في فرض اعتراف الضامن بعدم قصد اداء الدين عن المضمون عنه وانه اداه ظلما فقط .

(٢) في هذا الفرض يزول الخدش السابق . وفي المستمسك (٣٦٧/١٣) ان الاذن في الأداء انما تقتضي جواز الاداء لا وجوبه ، كما لا يقتضي ولاية الدائن على الاخذ من المأذون ولا جواز اجباره على الاداء ، فاذا أجبر على الاداء لم يكن الاداء صحيحا ، بل المال باق على ملك صاحبه ولا يدخل في ملك الدائن ، فكيف يجوز (رجوعه) على المضمون عنه بعد الاداء الاجباري . والاذن يقتضى جوا الرجوع على الآذن إذا كان الاداء بقصد افراغ ذمة الآذن لا مطلقا . نعم إذا رضى (المضمون عنه) به بعد ذلك ، بناء على صحة احتساب دينه على الغاصب وفاء عن دين الغاصب وفاء على شخص آخر فقد تحقق المأذون فيه . . . لكن في ص٣٦٩ منه : لم تثبت المقاصة في الذمة وانما ثبتت بما في الخارج ، فالعين الخارجية المملوكة للظالم ، يجوز للمظلوم اخذها ، اما دين الظالم الذي له على الناس فلم يثبت جواز اخذه مقاصة بحيث يكون للمظلوم ولاية على تعيينه

وتشخيصه في الخارج لقصور ادلتها عن العموم لذلك[١] وان كان الذي يظهر من التذكره والقواعد وشروحها المفروغية عن جواز المقاصة في الذميات..

اقول: ولا يبعد قبوله وان فرض قصور روايات المقاصة عن شمول ما في الذمة، اعتماداً على قاعدة العدل كما ذكرناها في كتابنا الارض في الفقه.

(٣) عرفت الخدش في اطلاقه في البند الاول من التعليقة. الا في الفرض الذي نذكره في البند الرابع.

(٤) الاظهر انه لا اثر لقيام البينة في المقام (جواز الأخذ) بعد اقرار الضامن بأخذ المال منه ظلما، الا إذا ادعى انه اداه ظلما بقصد إفراغ ذمة المدين فيقبل منه فانه لا يعرف ذلك الا من قبله، فيجوز له الرجوع كما فصّلناه في البند الاول والثاني.

وقد اورد على الماتن ايضا بانه لم لا يجوز التقاص في الصورة الاولى ايضاً وقد صرح به (الجواز) السيد الاستاذ الخوئي في التعليقة. قلت: وذلك بعد دفع ما افاده السيد الحكيم بما اشرنا لا بد من تقييده بفرض ادعاء الضامن الاداء بقصد افراغ ذمة المدين.

نعم بناء على رضى المديون وفرض احتساب دين الضامن على الدائن وفاء على شخص آخر بقاعدة العدل يصح قول السيد الاستاذ الخوئي رحمه الله.

ويمكن ان يكون للبينة اثر وهو لزوم الرضا بالاحتساب على المضمون عنه. فلاحظ.

(٥) لانها شهادة بالحق.

(٦) ولعله لاجل ان مطلق الإذن لا أثر شرعي له حتى يقبله القاضي

---

(١) لاحظ روايات المقاصة في الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به.

وانما الموضوع للاثر الإذن المتعلقة بشيء خاص من ضمان او اداء كما نبه عليه في المستمسك ص٣٧٧.

نعم هو يتم في المثال فان لمطلق الدين اثراً شرعيا وان لم يذكر سببه من بيع او قرض. ومع قطع النظر عن هذه المشكلة لم اعرف وجها آخر لاشكال الماتن.

(مسألة ٥) إذا ادعى الضامن الوفاء وانكر المضمون له وحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه، إذا لم يصدقه في ذلك[1] وإن صدقه جاز له الرجوع إذا كان باذنه وتقبل شهادته له الاداء[2] إذا لم يكن مانع من تهمة[3] أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة[4].

(١) إذا فرضنا الضامن أمينا للمضمون عنه كما سيأتي في المسألة السادسة فكيف يسع له عدم تصديقه وان ثبت عدم ادائه بالنسبة إلى المضمون له بعد حلفه.

(٢) اخذا باقراره واذنه.

(٣) كما إذا كان الضامن معسر أو لم يعلم المضمون له باعساره، فان له الفسخ حيث يسهل الاداء ويرجع على المضمون عنه، فيدفع بشهادته عود الحق عن ذمته. وهذه هي التهمة.

(٤) اي لشهادة المضمون عنه كما نقل عن كتب الاصحاب.

(مسألة ٦) لو اذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان جاز له الرجوع عليه[1] ولو إدّعى الوفاء وانكر الاذن قبل قول المأذون لانه امين من قبله[2] ولو قيد الاداء بالاشهاد وادعى الاشهاد وغيبة الشاهدين قبل ايضا قوله[3] ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع[4] نعم لو علم انه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه،

لان الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه[٥].

(١) فيه نظر لعدم الملازمة العرفية بين الاذن الخالي عن القرينة وبين التزام المدين المضمون عنه بالاداء بعد وصول الدين إلى المضمون له من قبل الضامن نعم إذا امر الضامن وقال أدِّني. جاز له الرجوع فانه استيفاء مال الغير الموجب لضمان المستوفى عند العقلاء كما يأتي بحثه. ولعل مراد الماتن وغيره من الاذن هو الطلب فلا نزاع وذلك لان الاذن غير متعارف عند العرف، بل الشائع هو الطلب بصيغة الامر ونحوها.

فرع

ولو فرضنا ان احداً ادّى دين احد بقصد الرجوع وبدون قصد المجانية بغير اذن المدين او باذنه وقلنا بعدم جواز الرجوع عليه به، جاز للمؤدي الرجوع على الدائن واسترداد ماله، عملا بقاعدة العدل، في فرض الإذن.

٢ ـ قيل بناء العقلاء والمتشرعة على قبول قول الامين كالاجير على العبادة عن ميت مثلا، ولاجله يقع التناقض في كلام الماتن هنا وفي المسألة السابقة.

٣ ـ لِما عرفت من قبول قول الأمين.

٤ ـ لانتفاء المقيد بانتفاء قيده.

٥ ـ هذا في بعض الموارد، وربما يكون لغرض من الاشهاد سد دعوى المضمون له وانكاره فلا يجوز رجوعه عليه من دون اشهاد، فترك الاشهاد ربما ينفى استحقاق الضامن وربما لا ينفى كما ذكره الماتن فلا بد من ملاحظة الاغراض والمقامات ولا ضابطة في المقام.

تكلمة

قال صاحب العروة في الشرط الثامن من شروط الضمان: ان

يكون الدين ثابتاً على ذمة المضمون عنه . ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضى للثبوت ، وان لم يثبت فعلا ، بل مطلقا لصدق الضمان وشمول العمومات العامة .

أقول : قد تقدم ما علقنا عليه في محله . والمقصود هنا ما ذكره سيدنا الاستاذ الحكيم بعد رد المتن[1] واليك نصه : كما يمكن ايضا التعهد على غير وجه الضمان بان يتعهد انسان للزوجة بان ترفع اليد عن النفقة التي لها على الزوج في المستقبل ويعطيها هو النفقة ولا بأس به لدخوله في عمومات الصحة ، ونظيره أن يتعهد لمن له دين على زيدان يصلى عنه ركعتين ، ويرفع اليد عن دينه على زيد ، فانه نوع من انواع العقد ، ان صح لم يكن من جنس الضمان ، بل هو عقد لنفسه ، يدخل في عموم صحة العقود . لكن لا يسقط الدين في الفرض بمجرد العقد ، بل لا بد من اسقاط الدين من الدائن . وإذا كان العوض مفروضا بدلا عن الدين ، كان الدين لذي العوض ولا يسقط الا بالوفاء او الابراء منه . ويمكن ان تكون المعاملة بنحو آخر .

وكيف كان . . والضمان ليس مطلق التعهد وإلّا فالعقود كلها تعهدات على انحاء مختلفة باختلاف مضامينها . ومن ذلك تعرف صحة ما ذكره الاصحاب . انتهى .

ما افاده رحمه الله جدير بالتأمل والتعمق ، لكن في اقسام التعهدات ما يفيد فائدة الضمان المصطلح الفقهي عملا باطلاق قوله تعالى اوفوا بالعقود فلاحظ وتدبر وإذا قال رفعت يدي عن ديني في ذمة زيد بصلاتك ركعتين لأبي فقبل او صلى فقد سقط دينه . او قال أفعل كذا لك بفراغ ذمة زيد عن دينك فقال قبلت برء ذمة زيد ، لكنهما ليسا من الضمان المصطلح .

---

(١) ج١٣/٢٦٥ .

بقية اقسام الضمان

كان من المناسب ان نستعقب اقسام الضمان على ما التفتنا إليها في هذا الكتاب تسهيلا للمراجعين والطالبين بعد اتمام مسائل الضمان العقدي في مدة ٢٥ يوما حيث صرفنا وقتنا بشرحها كل يوم بمقدار نصف اليوم واشتغلنا بنصفه الآخر بتعليقتنا على بحار الانوار.

القسم الثاني، الضمان الحاصل من الحوالة.

فبعد قبول المحتال للحوالة تشتغل ذمة المحال عليه له ويبرء ذمة المحيل من دينه.

والفرق بين الضمان المتقدم والحوالة، ان تحويل الدين من ذمة إلى ذمة في الضمان من فعل الضامن وان كان بطلب من المضمون عنه، واما في الحوالة فهو من فعل المدين فانه يحيل دين المحتال من ذمته إلى ذمة المحال عليه.

فالفرق بينهما واضح حتى على فرض صحة الحوالة على البرىء وان قال جمع ان الحوالة على البرىء شبه ضمان او هو هو فلاحظ المستمسك.

وقال سيدنا الحكيم ﷺ تحكيما لنظر ماتنه: الضمان التعهد بالدين الذي في ذمة المضمون عنه. ومن احكامه انتقاله إلى ذمة الضامن لا عين الانتقال.. وفي المقام معنى الحوالة هو النقل والانتقال. فاختلفا مفهوما وان اشتركا في بعض الآثار.(٣٩٩/١٣)

ثم الظاهر أن الحوالة كالضمان ـ غالبا ـ عقد يعتبر فيها ما يعتبر في

سائر العقود، لكن ذهب صاحب العروة إلى كونها ايقاعا، وقال بعد كلام له: ومن ذلك يظهر ان الضمان ايضاً من الايقاع فانه نوع من الوفاء... بل يمكن دعوى ان الوكالة ايضا كذلك، كما ان الجعالة ايضا كذلك.

فلاحظ ما قاله وما يرد عليه في حوالة المستمسك ج١٣/٣٧٧/٣٧٩.

القسم الثالث الضمان بالاستيفاء

فمن استوفى مال الغير فهو له ضامن، ببناء العقلاء وسيرة العرف العام ولم يردع عند الشرع فهو عنده ممضى.

وقد تعرض له صاحب الجواهر ﵀ في ج ٣٧/٧٣ من كتابه، وكلامه مفيد.

وقال سيدنا الاستاذ الحكيم ﵀ فاذا قيل للحلّاق احلق رأسي يكون ضامنا للاجرة، كما يكون ضامنا للمال الذي أدّاه إذا قال له: أدّ ديني وكذلك في المقام (الق متاعك في البحر.. إلىٰ آخر ما قاله في ص ٣٦٢ ونقلناه في ذيل المسألة الثانية والاربعين.

القسم الرابع ضمان المعاوضة.

المبيع الشخصى قبل القبض مضمون بضمان المعاوضة، يعنى بالتلف يكون من مال البائع لانفساخ العقد قبله آنا ما وليس مضمونا بضمان اليد، فلا يكون مضمونا في ذمة البائع، والضمان بهذا المعنى حكم شرعى لا يقبل الاسقاط ولا يمكن نقله إلىٰ غيره بضمانه وذلك يختص بالضمان باليد. نعم إذا اتلفه البائع كان ضامنا له، لكنه بالاتلاف لا باليد كما ذكره السيد الاستاذ في مستمسكه (١٣/٢٦٣).

اقول: يدل على ان تلف المبيع قبل القبض من مال بائعه صحيح بريد بن معاوية في الجملة[١] ورواية عقبة بن خالد (٢٣/١٨) وهي ضعيفة سنداً.

وقال الشيخ الانصاري ﷺ في احكام القبض من مكاسبه[٢]: من احكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض، فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعا مستفيضا، بل محققا، ويسمى ضمان المعاوضة، ويدل عليه قبل الإجماع النبوي المشهور: كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه. وظاهره بناء على جعل من للتبعيض انه بعد التلف يصير مالا للبائع، لكن اطلاق المال على التالف إنّما هو باعتبار كونه مالا عند التلف..

ومرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف آناما ليكون التالف ما لا للبائع..

ومما ذكرنا من ان معنى الضمان هذا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف وتلف المبيع في ملك البائع ويسمى ضمان المعاوضة، لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري كما في المغصوب والمستام وغيرهما ويسمى ضمان اليد، يعلم ان الضمان فيما نحن فيه حكم شرعي لاحق مالي، فلا يقبل الاسقاط، ولذا لو أبرئه المشتري من الضمان لم يسقط كما نص عليه في

---

(١) عن أبي عبدالله ﷺ في رجل اشترى من رجل عشرة الاف طن قصب في انبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، والانبار فيه ثلاثون الف طن. فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشرة الاف طن. فقال المشتري قد قبلت...

وقد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون الف طن وبقي عشرة الاف طن. فقال: العشرة الاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احترقت من مال البائع. ئل ج١٧/٣٦٦ و٣٣٥.

(٢) ص٣١٣ طبعة تبريز بمطبعة الاطلاعات.

التذكرة والدروس .

وليس الوجه في ذلك أنه اسقاط ما لم يجب ، كما قد يتخيل . . . حتى قال (ص٣١٤) : مسألة : تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر . . بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه .

ثم انه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاوضات به في هذا الحكم؟ لم أجد أحداً صرّح بذلك نفيا واثباتا . نعم ذكروا في الاجارة والصداق وعوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض ، لكن ثبوت الحكم مسكوت عنه في كلماتهم ، إلّا انه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسلّمات .

اقول : لا دليل على الحكم في البيع سوى الإجماع المنقول وصحيح بريد (ئل ج١٧/٣٦٥) ففي غيره يرجع إلى القواعد .

وقال السيد الاستاذ الخوئي ﷺ في مصباح الفقاهة[1] : ان مليكة المتبائعين وان تحصل بالعقد والبيع ، لكن التسليم والتسلّم عند العرف من مكملات البيع ، فما دام لم يقع التسليم ، فكأنما لم يتم البيع ، فهما ليسا من شروط الملكية ، بل من مكملات البيع ، فاذا تلف المبيع قبل التسليم والتسلم يكون التلف من البائع ، فان ملكيته المشتري لم تتم بعد على العين وان كان مملوكا له في الجملة .

وان شئت فقل بقيام السيرة على كون التسليم والتسلّم من مكملات البيع ، بمعنى انه ينحل بدون التسليم ، وهكذا الحال في جانب تلف الثمن قبل التسليم ، فانه ملك المشتري .

---

(١) ج٧/٥٣٧ و٥٣٨ طبعة دار الهادي بيروت .

اقول: وعليه فلا موضوع لضمان المعاوضة عند سيدنا الاستاذ، بل ربما يمكن الحاق سائر المعاوضات بالبيع لبعد الفرق بينه وبينها عرفاً. لكن كلامه ﷺ غير واضح ولعله لا قائل به سواه والله العالم لاحظ تفصيل البحث في القواعد الفقهية ج٦٢/٢ وما بعدها.

هذا كله في التلف. وأمّا مع الاتلاف فيضمنه المتلف لقاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن كما سيأتي إن شاء الله تعالى[١].

مسألة: إذا تلف أحدالعوضين في غير البيع من دون اتلاف وتفريط فهل هو على مالكه او على من تلف عنده؟ مقتضى القاعدة ظاهراً هو الاول، لعدم موجب للضمان بعدم عدم استيلاء عدواني لمن تلف عنده وسيأتي تفصيل واقسام الاستيلاء عن قريب فانتظر.

تتمة: بناء على حصول المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع بالعقد يجب على كل من المتعاوضين رد العوض المعين إلى اخرهما وفاء بالعقد وهذا ليس بضمان مالي، بل هو حكم تكليفي تعلّق برد مال الغير إليه. نعم لو فرط فيه وتسامح فتلفت العين يضمنه للاستيلاء العدواني كما انه لو اتلفها بضمنه بالضمان الاتلافي.

القسم الخامس ضمان العقود المعاوضية.

إذا كان العوضان كليين يصبح كل من المتعاقدين ضامناً للآخر فيتعلق في ذمة كل منهما ما عقدا عليه.

وما تقدم في القسم السابق انما كان في المبيع الشخصي كما عرفته.

---

(١) لاحظ تفصيل البحث في مكاسب الشيخ ﷺ وشروحه.

القسم السادس الضمان بالعقد الفاسد[1].

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضمونا عليه. اما عدم الملك فلأنه مقتضى فرض الفساد. واما الضمان بمعنى كون تلفه عليه ـ وهو أحد الامور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد، فهو المعروف. وعن الشيخ وكاشف الغطاء الاجماع عليه.. ويدل عليه النبوي: على اليد ما اخذت حتى تؤدى كما ذكره المحقق الانصاري في ص١٠١ من مكاسبه.

وقال انه من جزئيات القاعدة المعروفة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده.

وقال ايضا: ان تداركه تارة بعوضه الجعلي الذي تراضى هو والمالك على كونه عوضا وامضاه الشارع كما في المضمون بالعقد الصحيح، وأخرى باداء عوضه الواقعي كالمثل والقيمة وان لم يتراضيا عليه، فالمراد بالضمان بقول مطلق ـ هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي.

وذكر أيضاً أن سبب الضمان ليس فساد العقد بل القبض فقبله لا ضمان.

وعن المسالك الاستدلال على القاعدة باقدام الآخذ على الضمان مضافاً إلى قوله ﷺ: على اليد ما أخذت حتى تؤدي.

وناقش فيه الشيخ الانصاري ﵀: بان المتعاملين انما اقدما وتراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل والقيمة، والمفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء

---

(١) ولاحظ ما تعرّض له صاحب الجواهر في ج٧١/٣٧.

الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى: فالضمان بالمثل والقيمة إن ثبت فحكم شرعي تابع لدليله وليس مما قدم عليه المعاقدون.

على انه قد يكون الاقدام موجوداً ولا ضمان كما قبل القبض، وقد لا يكون اقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري(١).

واورد على النبوي(٢) بانه يخص الاعيان ولا يشمل المنافع والاعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة.

ثم قال: اللهم الا ان يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم. وانه لا يحل الا عن طيب نفسه وان حرمة ماله كحرمة دمه، وانه لا يصلح ذهاب حق احد. مضافاً إلى ادلة نفي الضرر. فكل عمل وقع من عامل لاحد بحيث يقع بأمره وتحصيلا لغرضه فلا بد من اداء عوضه لقاعدتي الاحترام ونفي الضرر.

واستدل على القاعدة في جانب سلبها (ما لم يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) بان مقتضى عموم على اليد، وان كان هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض وبقي الباقي. لكن ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهو عموم ما دل على ان من لم يضمنه المالك، سواء ملكه اياه بغير عوض أو سلّطه على الانتفاع به او استأمنه عليه لحفظه أو لدفعه إليه لاستيفاء حقه أو العمل فيه بلا اجرة او معها أو غير ذلك فهو غير

---

(١) كلام الشيخ غير قوي واصل الضمان باق للاقدام. لاحظ جواب مناقشة الشيخ في مصباح الفقاهة، ج٣/٢٤٩.

(٢) المكاسب ص ١٠٣.

ضامن .

اما في غير التمليك بلا عوض كالهبة فالدليل المخصص لقاعدة الضمان عموم ما دل على أن من استأمنه المالك ، غير ضامن ، بل ليس لك ان تتهمه . واما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى ما دل على خروج مورد الاستيمان ، فان استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له ، اقتضى التسلط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق اولى . انتهى .

اقول: معتصماً بالله تعالى وهدايته ان الكلام في مقامات :

الاول النبوي مرسل ومن غير طريقنا فلا يصلح مدركاً للحكم . ودعوى جبر سنده بعمل المشهور مشكلة صغرى ، إذ للقائلين بالضمان أدلة اخرى[1] وممنوعة كبرى على ما قررنا في محله . على انه مخصوصة بالاعيان بقرينة قوله : حتى تؤديه . فلا يشمل المنافع والاعمال كما اشار إليه الشيخ الانصاري في كلامه .

والاظهر ان جملة (على اليد ...) غير دالة على ضمان المثل او القيمة ابدا وإنما تدل على ضمان العين حتى ادائها إلى مالكها ومعنى الضمان ـ إن تمت الرواية سندا ـ هو تعليق العين بوجودها الاعتباري بذمة ذي اليد وعهدته .

وما ذكره السيد الاستاذ الخوئي في وجه دلالتها على الضمان (مصباح الفقاهة ج٣/٣٠٣) غير قابل للقبول وكذا إشكاله على شيخه النائيني رحمها إليه[2] .

---

(١) لاحظها في مصباح الفقاهة ج٣/٢٨٧.

(٢) ولاحظ تركيب الجملة المذكورة ايضا في القواعد الفقهية للبجنوردى ج١/١٤٩

الثاني الاستيلاء على مال الغير على اقسام ثلاثة :

الف : الاستيلاء لمجرد الاحسان كأخذ مال لحفظه من حرق أو خرق أو كسر أو سرقة وكأخذ حمل من صغير تخفيفا عليه وايصاله إلى منزله .

فاذا تلف المال المذكور عند المحسن من دون إتلاف وتفريط ، فالظاهر أنه لاسيرة عقلائية ولا بناء عرفي ولا ارتكاز شرعي على الضمان ولم اجد دليلا لفظيا عليه ايضا وعليه فالمرجع هو اصالة عدم الضمان . بل يمكن نفيه بقوله تعالى : وما على المحسنين من سبيل[١] .

بل يمكن التمسك باطلاقه للإتلاف الاحساني كما إذا أتلف جنس أحد ، قيمته دينار واحد ، لأجل حفظ نفسه او ماله الذي قيمته الف دينار . وان لم يأذن باتلافه ، بل وان نهى عنه في الأول ، فان حفظ نفس محترمة واجب فيجب اتلاف ماله مقدمة ، واما في الثاني فلا يبعد الضمان مع النهي ، إلّا ان يعد النهي سفهياً عرفا .

ب ـ الاستيلاء العدواني كما في الغصب والسرقة والارتشاء وامثالها فلا يبعد دعوى الارتكاز المتشرعي ، بل بناء العقلاء في غالب موارده[٢] على الضمان بالتلف . ولعله لا خلاف فيه بين الفقهاء .

ويدخل فيه الاستيلاء على مال من غير اذن مالكه إذا عدّ تصرفا عرفيا فان التصرف في مال الغير محرم شرعا فيكون نوعا من العدواني .

ج المقبوض بالعقد الفاسد إذا علم المالك فساد العقد وامثاله كما إذا أقبضه المالك باعتقاد انه مال الغير ثم تبين للمالك انه ماله لا مال الغير وكما

ص و١٥٠ وج٢/٨٧ و٨٨ .

(١) التوبة : ٩١ .

(٢) لاحظها في مصباح الفقاهة ج٣/٢٨٧ .

إذا أخذ احد مال صديقه أو قريبه باعتقاد رضاه ولم يكن به راضيا، فتلف المال عند الآخذ بتلف سماوى وغير اختياري فهل يضمن التالف ام لا؟ والارجح هو التفصيل في الموردين الاولين، فان قلنا بوجوب رد المال فيهما إلى مالكه فلم يرد فنقول بضمانه لدخوله حينئذ في البند الثاني. وان لم نقل به وقلنا بوجوب التخلية بين المال ومالكه فلم يجيء المالك إلى ماله وأخذه فالظاهر عدم الضمان لعدم دليل عليه. وكذا في المثال الثالث فانه لا يصدق عليه مع اعتقاده بطيب نفس مالكه الإستيلاء العدواني عرفا.

قال السيد السيستاني في منهاج الصالحين (ج٢/٢٣٠): يلحق بالغصب في الضمان، المقبوض بالعقد المعاوضي وما يشبهه، فالمبيع الذي ياخذه المشتري، والثمن الذي يأخذه البائع في البيع الفاسد يكون في ضمانها كالمغصوب سواء علما بالفساد ام جهلا، أو علم احدهما وجهل الآخر. وكذلك الاجرة التي يأخذها المؤجر في الاجارة الفاسدة والمهر الذي تأخذه المرأة في النكاح الفاسد والفدية التي يأخذها الزوج في الطلاق الخلعي الفاسد والجعل الذي يأخذه العامل في الجعالة الفاسدة وغير ذلك مما لا يكون الاخذ فيه مبنيا على التبرع.

اقول: اطلاق كلامه لا دليل عليه كما عرفت. كما ان ما ذكره السيد الاستاذ الخوئي ﵀ في وجه الضمان (مصباح الفقاهة ج٣/٢٦١) ايضاً غير معتمد. واستدلال الشيخ الأنصاري باطلاق النص ممنوع بضعف النص وهو النبوي ـ كما مر.

لا يقال انه استيلاء محرم فان الاحكام الشرعية ثابتة لنفس الموضوعات من دون مدخلية للعلم والجهل والاعتقاد ولا يزيل اعتقاده الخطئي حرمته.

قلت: نعم لكن مثل هذه الحرمة مع ذلك الاعتقاد المذكور لا يجعله عدوانيا يستلزمه الضمان بالارتكاز المتشرعي. ولا دليل على أنّ الحرمة الواقعية توجب الضمان.

وان شئت فقل دليل الضمان ـ وهو بناء العقلاء ـ لبّى والمسلم منه ضمان اليد العدواني دون مطلق اليد والاستيلاء ودون اليد غيرالمأذونة والاستيلاء غير المأذون.

الثالث: واما ما استدل به شيخنا المحقق الانصاري تيُّنُّ للضمان ففيه نظر فان المتيقن من احترام مال المؤمن هو الحرمة التكليفية دون الوضعية، فانه لم يحرز دلالة ما دل عليه، على الضمان واما انه لا يحل مال المؤمن الا بطيب نفسه فعدم دلالته على الضمان اوضح، فان الظاهر منه هو الحكم التكليفي فقط، كما ان عدم صلاحية ذهاب حق احد اعم من الضمان.

نعم لا مضائقة في اقتضاء قاعدةاحترام مال المؤمن والمسلم ضمانه بالاتلاف دون التلف. كما ان حرمة دم المؤمن لا تقتضي ضمان ديته بتلفه وموته بهدم بيت الغير وآفة سماوية وان دعاه الغير إلى بيته لغرض من الاغراض كأكل الطعام او عقد معاملة ونحوهما.

وقاعدة نفي الضرر انما تنفي الحكم ولا تشبّه عند المشهور، والشيخ المعظم اعلم منا بهذا. كما ان قوله (تيُّنُّ): فكل عمل وقع من عامل لاحد بحيث يقع بامره وتحصيلا لغرضه، فلا بد من اداء عوضه، لقاعدة الاحترام ونفي الضرر.

فيه انه وان يجب اداء عوضه، كما أفاده، لكنه لا لقاعدة الاحترام ولا لنفي الضرر عند المشهور او جمع كثير، بل لقاعدة الاستيفاء كما ذكرنا في القسم الثالث المتقدم وهو واضح. ويبعد كل البعد غفلة مثل هذا النحرير

عن هذه الايرادات .

الرابع ان عدم الضمان في القاعدة في جانبها السلبي لعدم الدليل عليه ، لعدم الاقدام ، والاستيلاء كان مجانيا وقد تقدم استدلال الشيخ الأنصاري ؒ عليه[١] .

القسم السابع الضمان بالاستيلاء

تقدم تفصيله في القسم السادس السابق من الضمان وينبغي ذكر امر، وهو ان الامين غير ضامن وقد ادعي عليه الاجماع وان الفقهاء يرسلونه ارسال المسلّمات من غير انكار لاحد[٢] واستدل له بان اليد الضامنة هي اليد العادية او غير المأذونة ، ويد الامين مأذونة من قبل المالك كما في العين المستأجرة أو المرهونة عند المرتهن أو العارية عند المستعير ، او من قبل الشارع كاللقطة عند الملتقط ايام التعريف او المال المجهول المالك او اموال الغيّب والقصّر عند الحاكم أو المأذون من قبله .

ولا فرق في الامانة المالكية في كون الاستيمان لنفع المالك كما في الاجارة او لنفع الأمين كما في العارية . ويؤيده بعض الروايات غير المعتبرة سندا[٣] .

ولا يبعد الاستدلال عليه بقوله تعالى : وما على المحسنين من سبيل واطلاق السبيل او عمومه يشمل الضمان ، ويد المحسن ليست بعادية ، بل

---

(١) وللسيد الخوئي ؒ اشكالات على جملة من كلمات الشيخ ؒ في مصباح الفقاهة ج٣/٢٤٩.

(٢) القواعد الفقهية ج٢/٦ .

(٣) المصدر السابق ص٥ .

هي مأذونة باذن الشارع فانه امر المكلفين بالاحسان في كتابه به العزيز، نعم بين المحسن والامين عموم من وجه، إذ بعض المحسنين ليس بأمناء كما إذا حمل احد ما الصغير او المجنون اعانة له وكما إذا اخذ مال احد بالقوة لأجل ان يساعده كما هو المعتاد عندالاصدقاء وبعض الأمناء ليسوا بمحسنين كالمستعير. وهذا خارج عن مدلول الآية. نعم يضمن الامين مع التعدي والتفريط كما يظهر من صحيح أبي ولاد حيث تجاوز بالبغل عن المكان المأذون الى غيره. ثم انه اورد على هذه القاعدة (عدم ضمان الامين) نقوضا، لكنها غير تامة فلاحظ تفصيلها في المطولات[1].

القسم الثامن الضمان بالسوم.

المراد به ما يأخذه الشخص لينظر فيه أو يضع عنده ليطلع على خصوصياته لكي يشتريه إذا وافق نظره، فان المشهور انه يكون في ضمان آخذه كما قيل، لعموم على اليد، وعن جمع عدم الضمان، للأصل، بعد كون القبض المزبور بأذن المالك فيكون أمانة كالوديعة.

وعمدة دليل صاحب الجواهر (ج٣٧/٧٣) الشهرة، بل ربما ارسلوه ارسال المسلمات، حتى قال بعدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعبّر عنه بالسوم، بل المراد منه الاعم من ذلك، وهو كل مقبوض ليكون مضمونا عليه حينئذٍ فيندرج فيه قبض المرأة المال ليكون مهراً، والرجل ليكون عرض خلع ونحو ذلك لاتحاد الملاك في الجميع والله العالم.

اقول: الاظهر عدم الضمان، فان عدم قصد التبرع لا ينافي عدم الضمان

---

(١) المصدر السابق ص١١.

إذا تلف بغير فعل القابض وسببه ، سواء تلف بآفة طبيعية أو بفعل انسان آخر ، بعدما لم يكن الاستيلاء عدوانياً ، بل كان باذن المالك .

فرع: قال صاحب الجواهر في شرح قول المحقق : وكذا يضمن حمل الامة المبتاعة بالبيع الفاسد.. نعم لا وجه للقول بضمان حمل المقبوض بالسوم مع فرض كون السوم على الحامل دون الحمل كما صرح به غير واحد لكونها امانة صرفة في يده وضمان الحامل على خلاف مقتضى القواعد فيقتصر عليه (ج٣٧/٣١) لكن عن التذكرة التصريح بضمانه ايضا .

اقول : عدم الضمان في الحامل والحمل معاً .

القسم التاسع ضمان الاحترام

سبقت الاشارة إليه في المقام الثالث من القسم السادس من الضمان وفصلناه في ذيل المسألة الثانية عشرة .وعرفت انه غير ثابت على الارجح .

القسم العاشر الضمان بالاتلاف

من اتلف مال الغير سهواً أو عمداً ، كبيرا كان المتلف او صغيرا فهو ضامن له ودليله بناء العقلاء ومجموع الروايات ، والظاهر انه لا اشكال فيه وتقتضيه قاعدة العدل . اللهم إلّا ان يكون المتلف طفلاً صغيراً تنصرف منه الادلة .

واما اتلاف مال الغير باذن الشرع كالاسلحة والبسة المقاتلين وحرق الاشجار وهدم المنازل لتسليم البغاة ، أو آلات الفساد التي يجب هدمها حسما لمادة الفساد ، فالظاهر عدم ضمانها على متلفها . وتقدم حكم اتلاف

مال الغير لمصلحة نفسه او امواله الخطيرة مع النهي وعدمه.

واما إذا أتلف المال لضرورة نفسه دون مالكه، فهو وان كان جائزا او واجبا لكنه ضامن له لأجل الاستيفاء جمعا بين الحقين.

قال السيد الاستاذ الخوئي ﷺ وهي (قاعدة الضمان بالاتلاف) بهذه الكيفية (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) وان لم تذكر في رواية خاصة، ولكنها قاعدة كلية متصيدة عن المواردالخاصة التي نقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد، وعليه فتكون هذه القاعدة متبعة إذا تمس بها الحاجة،... والموارد التي أخذت عنها هذه القاعدة هي الرهن والعارية والمضاربة والاجارة والوديعة وغير ذلك من الموارد المناسبة لها، فانه قد وردت فيها الاخبار الكثيرة..[1].

وقال صاحب الجواهر في كلام له (ج٣٧/٦٠) إلا ان يمنع اطلاق سببية الاتلاف للضمان.. لعدم ثبوت من اتلف مال الغير فهو له ضامن. رواية من طرقنا ولا قاعدة.. إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك عن النظر ضرورة المفروغية من قاعدة من اتلف التي لهجت بها ألسنة الفقهاء في كل مقام. وربما كان في بعض النصوص إشعار بها.

اقول والاحسن الاعتماد على كلام السيد الاستاذ الخوئي والجزم بالقاعدة[2].

---

(١) لاحظ مدارك تلك الروايات في هامش الجواهر ج٣٧/٦٠ ومصباح الفقاهة ج٣/٢٨٩.

(٢) لاحظ القواعد الفقهية ج٢/١٧ فانه فصّل هذه القاعدة.

القسم الحادي عشر ضمان الغرور

المغرور يرجع على الغار القاصد للابهام، فانه له ضامن ببناء العقلاء، واما الغارغيرالقاصد للابهام فلم يحرز بناء العقلاء على ضمانه، وليس للقاعدة دليل لفظي، فان النبوي: «المغرور يرجع على من غره» مرسل ورواية اسماعيل بن جابر (ئل ٢٢٠/٢١) ضعيفة سنداً بمحمد بن سنان، والاجماع منقول غير مفيد للظن[1] ولاحظ البحث في كتابنا الارض في الفقه ص ٣٢١ والله الهادي.

القسم الثاني عشر الضمان بالتفويت

إذا استوفى احد منافع انسان آخر بالقهر او بالامر ضمنها كما سبق في القسم الثالث من اقسام الضمان. واما إذا استولى على انسان حر فحبسه، فهل يضمن منافعه غير المستوفاة أم لا؟ يصح ان نفصّل بين المنافع الفائتة والمفوتة[2]، ونحكم بعدم ضمان الفائته لعدم دليل عليه ويضمان المفوتة ببناء العقلاء، فاذا كان المقهور بالحبس كِسويا ولم يتمكن من كسبه لاجله فان الحابس يضمن اجرة مثله ضمان تفويت. وكذا إن كان اجيراً لغيره فعطّله عن عمله، فانه يضمن المنفعة المفوتة للمستأجر.

فالاموال ـ سواء كانت اعيانا او منافع ـ تضمن بالتفويت كما تضمن بالاستيلاء العدواني والاتلاف لبناء العقلاء الذي لم يردع عنه الشارع المقدس. ويمكن ان يستدل عليه ايضاً بقاعدة العدل التي قررناها في كتابنا

---

(١) ولاحظ صحيح ابي بصير فانه يدل على المقام على نسخة منه الوسائل ج٢٧/٣٣٠ باب ١٣.

(٢) قيل: المنافع المضمونة ما تكون مقدرة الوجود عرفاً، كسكنى الدار. والمنافع الفائتة ما لا تكون كذلك كمنفعة الكتب الشخصية غير المعدة للايجار.

الارض في الفقه. وبقوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (البقرة ١٩٤) فانه مطلق يشمل الاحكام الوضعية ايضاً وتوضيحه: ان اتلاف اموال الغير وتفويتها عمدا يصدق عليهما الاعتداء بلا شبهة، فيجوز الاعتداء بالمثل وله مصداقان: احدهما تفويت منافع المعتدي كحبسه بمقدار حبسه. ثانيهما أخذ مقدار ما تضرر المحبوس من منافع الحابس الظالم، فان العرف يرى الاخير كالاول من الانتصار والانتقام والاعتداء بالمثل؛ أو أخف منه. وعلى هذا، فان قلنا بلزوم تمكن الظالم والتزامه بانتقام المظلوم منه، فقد ثبت في ذمته مقدار ما فوّته عليه بعد مطالبة المحبوس منه، وهذا هو الضمان المصطلح. وان لم نقل بلزومه فهو مناف لجواز الاعتداء بالمثل فانه ينجر إلى التنازع الجديد. فلاحظ[1]. ويمكن ان يستدل عليه ايضا بقوله تعالى: وجزاء سيئة سيئة (الشورى ٤٠).

وقوله تعالى: ولمن انتصر بعد ظلمه... ونظائرهما بنفس البيان.

واما في التفويت السهوي فمع فرض عدم صدق الاعتداء والسيئة والظلم ونحوها، يمكن ان نرجع إلى بناء العقلاء في الحكم بالضمان كما في الاتلاف السهوي.

هذا كله في تفويت منافع الحر غير المستوفاة، واما منافع الاموال غير المستوفاة فهي ايضاً مضمونة على المفوت، إذا لم يصدق عليه الاتلاف وصدق عليه التفويت.

واما الفتوى الفقهي فهو في منافع غير المستوفاة عند المشهور عدم الضمان (الجواهر ج٣٧/٣٩) على عكس فتواهم في منافع الاعيان المغصوبة

---

(١) وسنعود إليه في بحث ضمان ا لمثلي والقيمي ان شاء الله تعالى.

غير المستوفاة، فان المشهور على ضمانها (مصباح الفقاهة ج٣: ٢٩٣).

قال المحقق في الشرائع: لو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به. وقال صاحب الجواهر في شرحه: فضلا عن غير الصانع، بلا خلاف اجده، بل في الكفاية هو مقطوع به في كلام الاصحاب. ونقل عن مجمع البرهان قوة الضمان.. ومال إليه في الرياض، حيث يكون الحابس سبباً مفوتا لمنافع المحبوس. ثم قال: يحتمل قويا اختصاص ما ذكره الاصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفويت كما فرضناه، بل الفوات (ج٣٧/٣٩) ورده في الجواهر بقوله: لا يخفى فساد الاحتمال المزبور على من لاحظ كلمات الاصحاب، بل فرضهم المسألة في حبس الصانع كالصريح في عدم الضمان وان كان سببا (ص٤٠)...

وعلى كل استدل للمشهور أولاً بان الحر لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال ولو شرعاً، بل منافعه في قبضته كثيابه باقية على أصالة عدم الضمان، وإن ظلم وأثم بحبسه أو منعه عن العمل كما ذكره في الشرائع والجواهر ـ عليهما السلام ـ (ص ٤١).

وثانيا على التسبيب الذي ذكره إنّما يقتضي الضمان إذا تعلق بتلف الاموال، ومنفعة الحر معدومة، فلا يتصور التسبيب لتلفها (ص٤٠).

قلت صدور الوجهين المذكورين من مثل صاحب الجواهر بعيد، وسيرة العرف وبناء العقلاء على الضمان عند صدق التفويت كالاتلاف. وكذا بناءاً على قاعدة العدل وقد اختاره بعض أهل العصر ايضاً في منهاجه (ج٢/٢٢٧).

فحبس الكسوب مثلاً ومنعه عن الكسب يوجب ضمان الحابس ضمان التفويت دون ضمان اليد وكذا منع أجير الغير. وإذا كان كسوباً

واستعمله في غير كسبه يضمن اعلاهما.

بل لا يبعد ضمانه لكلا المنفعتين؛ احديهما بضمان التفويت والاخرى بضمان الاستيفاء ولو اتلفها يضمنها بضمان الاتلاف. فلاحظ.

وفي المكاسب: وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضاً الضمان.

وقبله السيد الخوئي ﷺ في منافع العين المغصوبة دون منافع العين المقبوضة بالعقد الفاسد، فلاحظ ادلة المشهور وجواباته ﷺ في تقريرات درسه[1].

والارجح هو التفصيل في الحكم بالضمان بين صدق التفويت وعدمه في المغصوب[2] والمقبوض بالعقد الفاسد، والظاهر ان مراد السيد الاستاذ الخوئي ايضاً هو خصوص فرض المفوتة في المغصوبة كما يظهر من بعض كلماته (ص ٣٠٠).

فروع

١ ـ المغصوب منه، قد يكون شخصا وقد يكون نوعا كما في غصب مال تعين خمسا او زكاة قبل ان يدفع إلىٰ مستحق وغصب رباط المسافرين ومدرسة المتعلمين، وقد يكون جهة كغصب الاعيان والحقوق العائدة الى المساجد والمدارس والحسينيات والكعبة ونحوها. فلا بد من الرد في الاول عينا او قيمة او مثلاً في فرض الاتلاف على مالكها او وليه أو وكيله.

---

(١) مصباح الفقاهة ج٣ من ص٢٩٣ إلىٰ ص ٣٠٢.

(٢) ليس للغصب حقيقة شرعية قطعاً كما في الجواهر. وهو عبارة عن الاستيلاء العدواني الموجب للضمان.

وفي الثاني إلىٰ الولي العام أو المستحقين، وفي الثالث إلىٰ الجهة أو المتولي وإذا عابت العين يجب اداء ارشه.

٢ ـ يحرم غصب مال الغير ويجب رده إلىٰ مالكه، وان كان مستوفى او مفوتا يضمنه الغاصب كما مر. ويحرم غصب الحقوق، ويضمن بعضها كحق التحجير ولا يضمن بعضها كحق اختصاص المسجد وشبهه كما لا يضمن في حق الرهانة.

٣ ـ قالوا لا يضمن الحر بالغصب ولو كان صغيرا لا عينا ولا منفعة، وقيل يضمنه الغاصب إذا كان صغيرا (او مجنونا) وتلف بسبب كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحائط. وعليه جمع.

اقول: إذا تلف الانسان المغصوب صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنونا مستنداً إلى اهمال الغاصب فهو ضامن من ضمان السبب كالمباشر، ومنافعه المفوتة قد عرفت ضمانها على المفوت.

٤ ـ المسؤول الحكومي إذا حبس أحدا على خلاف الحكم الشرعي يضمن منافع المحبوس المفوتة.

٥ ـ لو منع مانع غيره من امساك دابته المرسلة، فتلفت لم يضمن ـضمان اليد ـوكذا لو منعه من القعود على بساطه او من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية او تلفت عينه كما عن جمع، بل هو المنقول عن المشهور (ج١٤/٢٧) لعدم دليل عليه، ما لم يصدق عليه الاتلاف او التفويت او التسبيب من قبل المانع.

٦ ـ قيل بضمان نقص القيمة السوقية للمتاع إذا حصل بمنع المالك عن بيعه ولو مع بقاء العين وصفاتها، وقيل بعدم ضمانه قطعاً، لان الفائت ليس بمال، بل اكتساب مال. ورد بشمول نفي الضرر للفرضين (الجواهر

١٥/٢٧) .

وقال صاحب الجواهر ﷺ : لا ينبغي التأمل في عدم ضمان نقصان القيمة السوقية، لعدم تفويت مال عليه بمباشرة أو تسبيب. ومن هنا لم تضمن منافع الحر اجماعاً.

اقول عرفت ضمانها على المفوت، واما نفي الضرر فهو غير جار في المقام خلافاً للشهيد الثاني وصاحب الجواهر وغيرهما، اما اولا فلانه امتناني لا يجري فيما إذا تضرر به فرد آخر، واما ثانياً فلانه لنفي الحكم الضرري لا لاثبات حكم عند علماء العصر، وثالثاً انه لا يثبت حكما يترتب الضرر على عدمه. كما ذكره السيد الاستاذ الخوئي (مصباح الفقاهة ج٢٥٦/٣).

وعلى كل لا بد من التأمل في ضمان نقص القيمة السوقية ويشكل نفيه في فرض التسبيب. والله العالم.

٧ ـ في الجواهر (٣٠/٢٧): لا خلاف ولا إشكال في ان غصب الامة الحامل مثلا غصب لحملها لثبوت يده بل استقلاله واستيلائه عليهما، فيضمنهما معا ولو لضمان تفاوت قيمتها حاملاً وحائلا لو اسقطت، وان تلفت وتلف بعد الوضع، ففي المسالك الزم بأكثر من قيمة الولد وقيمتها حاملاً ان اعتبرنا الاكثر، والا فقيمته يوم التلف[1] وعن العلامة والمحقق ﷺ في الشرائع: انه كذا يضمن حمل الامة المبتاعة بالبيع الفاسد، لعموم على اليد.

وعن جمع عدم الضمان لعدم كون الحمل بيعاً حتى يضمن بقاعدة ما

---

(١) سيأتي بحثه إن شاء الله في صحيح ابن ولاد.

يضمن بصحيحه (يضمن بفاسده) فهو حينئذ امانة في يد المشتري.

وردّه في الجواهر (ص٣١) بانه مع فرض عدم اذن من المالك إلّا الاذن البيعية التي فرض عدمها يتبين الفساد، فيتجه الضمان حينئذ لعدم الاذن، والاصل الضمان.

قلت: عرفت ضعف اصالة الضمان بعد عدم حجية النبوي المرسل (على اليد..) فالاصل هو البراءة من الضمان!

وبالجملة هنا امران:

اولهما ان مطلق الاستيلاء على مال الغير لا يوجب الضمان بل الاستيلاء العدواني كما مر تفصيله في ذيل القسم السادس من اقسام الضمان. لكنه خلاف المشهور ظاهراً.

ثانيهما بيان الضابطة في ان كل اقسام التلف القهري مضمون، او بعضها غير مضمون؟

والعمدة في اثبات الضمان باليد عند السيد الاستاذ الخوئي ﵀ قيام السيرة القطعية العقلائية الممضاة للشارع، على ان التسلط على مال الغير - تسلطاً غير مجاني، موجب للضمان (ج٣/٣٥٨) مصباح الفقاهة.

اقول لا يبعد دعوى ان القدر الميتقن من هذه السيرة هو بعض اقسام الاستيلاء لا كل تسلط غير مجاني كما تقدم تفصيله.

ويمكن ايضا ان يقال بان شمولها لضمان المنافع الفائتة غير معلوم والمتيقن هو المنافع المفوتة والمستندة إلى السببية. الا ان يقال انه في حكم الغاء ضمان الاسيتلاء واليد بالمرة فان المفوتة تضمن بضمان التفويت ولو مع عدم تحقق الاستيلاء ويشكل جداً الالتزام به، فلا بد من القول بضمان

المغصوب ومنافعه الفائتة ولو من باب الاحتياط لاجل السيرة فتأمل.

٨ ـ لو استأجر الحر العمل في زمان معين، فاعتقله ولم يستعمله فيه، استقرت الاجرة عليه، قولا واحداً كما قيل. واستدل له بعد الاجماع او عدم الخلاف فيه، بان بعد اقتضاء عقد الاجارة ملك الثمن وعدم الاستيفاء، إنما كان لتقصير من المستأجر وقد فات الزمان، والاصل عدم بطلانها، كما ان الاصل عدم قيام غير هذا الزمان الذي هو متعلق العقد مقامه (لا بد من الالتزام به) (الجواهر ج٣٧/٤١) وربما يلحق به ما لم يكن للعمل المستأجر به وقت معين، لكن ارتفع موضوعه، كما إذا استأجر احداً لعلاجه وبذل هو نفسه للعمل، وإنّما أخّر المستأجر عمله حتى برء مرضه، فهو كالاجير الخاص.

٩ ـ لو استأجر على عمل فاعتقله مدة يمكن فيها استيفاء العمل ولم يستوفه وبذل الأجير نفسه للعمل كذلك ولم يستوفه عنه، ففي استقرار الاجرة بحث توقف فيه جمع، وافتى في الشرائع بعدم استقرار الاجرة، وتبعه جمع آخر، فان منافع الحر تضمن بالاستيفاء لا بالفوت، فمنفعته في المدة المزبورة غير مضمونة على الحابس وان بذلها المحبوس له، فالعمل باق على استحقاقه عليه بالعقد.. ولا دليل على الاكتفاء عن تسليمه بالحبس في المدة المزبورة ولا بالبذل فيها.

ولا كذلك لو استأجر دابته فحبسها بقدر الانتفاع او بذلت له كذلك فتسلمها ولم يستوف، لان منفعته مضمونة عليه، فتقوم مقام المنفعة المستحقة له بعقد الاجارة ولو بالتهاتر القهري، باعتبار كونه مستحقاً عليه من منفعة الدابة المزبورة، لانها مضمونة في يده مقدار ما هو مستحق له،

وهو اقرب من أجرة المثل التي هي بدل ما يفوت من المنفعة، لو لم يكن له مقدار ما فات في يده مما هو مضمون عليه (٤٢/٣٧).

قلت في فرض صدق التفويت لا فرق ـ على الأظهر ـ بين منافع الحر والدابة فانه سبب مستقل للضمان مطلقاً عند العقلاء. واما في الفوت فيمكن الفرق في الضمان فنقول بضمان المنافع الفائتة بضمان اليد والاستيلاء ولو من جهة فتوى الفقهاء ولا نقول به. بضمان منافع الحر الفائتة، لعدم دليل عليه. ولاصل المقام تتمة مذكورة في الجواهر.

١٠ ـ لو دخل الدار وسكنها مع مالكها، فان كان الداخل ضعيفاً لا يقدر مقاومة المالك إذا قاومه فلا يضمن الدار ضمان الغصب واليد، بل يضمن ضمان الاستيفاء باي مقدار كان.

وان كان المالك ضعيفا فالداخل ضامن بضمان الاستيلاء والاستيفاء.

١١ ـ لو أخذ بمقود الدابة فقاداها وكان المالك راكباً عليها، فان كان في الضعف وعدم الاستقلال بمنزلة المحمول عليها. كان القائد غاصباً ويضمن ضمان اليد لتحقق الاستيلاء وان كان المالك قوياً على مقاومته فلا يضمن القائد بضمان اليد، وانما يضمن ضمان الاتلاف لو اتلف[1].

---

(١) في الشرائع والجواهر (ج٣٧/٢٨ و٢٩): (ولو مدّ بمقود دابة فقادها) بقصد الاستيلاء عليها او ساقها كذلك (ضمن) وان كان مالكها حاضرا لكن غير مثبت يده عليها، لانه حينئذ غاصب بمعنى مستقل باثبات يده ومستولٍ ومحتو وآخذ (ولا يضمن لو كان صاحبها راكبا لها) كما في محكي المبسوط ومرادهما ظاهرا كونه مع ذلك قادراً على منع الغاصب كما في القواعد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها لعدم صدق الاستيلاء فضلا عن الاستقلال والاخذ. وناقش فيه صاحب الجواهر (٢٩/٣٧) وقال أيضاً: كما انه قد يشكل ما ذكروه من عدم الضمان لو كان المالك
ﷺ

١٢ ـ إذا قيل بان المسجد ليس بمال احد ، فلا يضمن الغاصب عيناً ومنفعةً وان كان عمله محرما ويجب تخليته . واما إذا انهدم داره تحت يده فيمكن القول بالضمان لانها ليست تحريرا ، بل ملك غير طلق للمسجد على قول .

واما المدارس والحسينيات والرباط وغيرها من الموقوفات غير المحررة فتلفها على غاصبها والمتصرف فيها بغير حق ، عينا ومنفعة ، بضمان الاستيلاء .

١٣ ـ لا شيء للغاصب عن عمله الذي هو غير محترم بسبب عدم الاذن فيه ، وان زادت به القيمة ، بل ان كان مما يمكن رده إلى الحالة الاولى واراد المالك ردّه ، وجب على الغاصب ذلك ، ويضمن ارش النقص ان كان ، ولا يجوز رده من دون اذن المالك لانه تصرف في مال الغير .

الراكب قادراً ، بما تقدم لهم من ضمان النصف بدخول الساكن قهراً مع المالك . . وربما فرق بان القائد لا استيلاء له مع المالك الراكب على نصف وربع ، لانه اقوى يداً واكثر تصرفا ولذا يحكم التنازع له .

وردّه صاحب الجواهر بأنه لا يتم على القول بالتنصيف عند التداعي كما عن الخلاف والسرائر وثاني المحققين والشهيدين ، بل عن ثاني الشهيدين التصريح في باب الديات ، بان جنايتها بيدها على القائد والراكب بالتنصيف ، فيضمن ايضا هنا باعتبار اثبات يده مع يد المالك كما لو ركبها معه ، بل قد يقال بضمانه الكل . . (ص ٣٠) .

وعلى كل حال فلا خلاف ولا اشكال في ضمانه لها لو اتفق تلفها بقوده لها ، وان كان الراكب قوياً على الدفع (بل لا يبعد ضمانه لمنفعتها التي فاتت على المالك بقوده ، وكذا لو ساق الدابة وكان لها جماح فشردت فوقعت في بئر ضمن . والله العالم . اقول : فلاحظ وتأمل فيه .

الثالث عشر : الضمان بالتسبيب :

الإتلاف الموجب للضمان على نحوين :

احدهما الاتلاف المباشري ، بلا خلاف ولا اشكال في سببيته للضمان ، بين المسلمين ظاهراً ، والاجماع بقسميه عليه ان لم يكن ضروريا ، سواء كان المتلف عينا او منفعة ، وان لم يكن هناك غصب ، أي استقلال يد على ما اتلف ، فلاحظ الشرائع والجواهر (٤٦/٣٧)

ثانيهما الاتلاف التسبيبي ، وهو كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر في غير الملك وكطرح المعاثر في المسالك ، بلا خلاف يجده صاحب الجواهر في اصل الضمان به . واما الروايات المعتبرة سنداً ، المتعلقة بالمقام دلالة فهي ما نتلوها عليك :

اوليها : صحيح محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في اربعة اطلعوا في زبية الاسد فخر أحدهم فاستمسك بالثاني واستمسك الثاني بالثالث واستمسك الثالث بالرابع حتى اسقط بعضهم بعضا على الاسد ، فقتلهم الأسد .

فقضى بالاول فريسة الاسد وغرّم أهله ثلث الدية لأهل الثاني وغرّم الثاني لأهل الثالث ثلثي الدية وغرّم الثالث لاهل الرابع الدية كاملة[١] .

اقول مقتضى القاعدة تعلق الدية الكاملة لكل لاحق على سابقه ، فتفصيل الصحيحة تعبدي محض في مقدار الدية في غير الاخير . وعلى كل الرواية دالة على الضمان بالتسبيب في الجملة في باب الديات .

ثانيتها : صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام في رجل دفع رجلا على

---

(١) الوسائل ج٢٣٦/٢٩ ب٣ من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات .

رجل فقتله . فقال : الدية على الذي وقع على الرجل فقتله ، لاولياء المقتول . قال : ويرجع المدفوع بالدية على الذي دفعه ، قال : وان أصاب المدفوع شيء فهو على الدافع ايضاً[١] .

اقول مقتضى القاعدة ظاهرا عدم ضمان المباشر المدفوع ولو ابتداءً لاستناد القتل إلى الدافع حقيقة ، ولا فعل للمدفوع . فالحكم تعبدي لا يتعدى مورده .

ثم الرواية تدل على ضمان المكره (بالفتح) بالاولوية وان صحّ رجوعه إلى المكره (بالكسر) الا ان صاحب الجواهر لم يجد خلافاً في عدم ضمان المكره (بالفتح) المال وان باشر الاتلاف ، وان الضمان على من اكرهه (ج٣٧/٥٧) .

ولكن قال بعد كلام (ص٥٩) : ولكن مع ذلك ـ ان لم يكن اجماعا ـ لا يخلو من نظر ، خصوصا مع عود النفع إلى المباشر باعتبار مباشرته الاتلاف وان رجع هو على المكره . بل قد يقال ان القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكره والمغرور وان اثم المكره والغار لاستقلال المباشر بالاتلاف ولكن ضمنا للدليل .

ثالثتها صحيح الكناني عن الصادق عليه السلام من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن[٢] ظاهر الرواية الضمان المباشري دون السببي الا ان يؤل بقرينة الرواية الخامسة الاتية . فتأملّ .

رابعتها : معتبرة سماعة قال : سألته عن الرجل يحفر البئر في داره أو

---

(١) الوسائل ٢٩/٢٣٨ ب٥ .

(٢) نفس المصدر ص٢٤١ ح٣٩ ب ٨.

في أرضه؟ فقال: اما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان. واما ما حفر في الطريق او في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه[١].

ولا يضر إضمارها باعتبارها، إذ في بعض طرقها المعتبرة تصريح بان المسؤل عنه هو ابو عبدالله عليه السلام واطلاقها يشمل ما حضر المالك في أرضه بلا غرض، بل بغرض الاضرار بالغير، كما يشمل ما حفره الحافر في ملك غيزه أو في الملك المشترك كالطريق بقصد نفعه أو بلا قصد او لمصلحة المارة او الناس وغير ذلك. فاذا تم هذا الاطلاق كان مدلول الرواية وتفصيلها ايضا تعبديا. لكن لا يبعد انصرافه عن قصد الاضرار والعلم به.

نعم يقيد اطلاقها في الجملة بمعتبرة أبي بصير فقد سأل ابا جعفر أو أباعبدالله عليه السلام عن غلام دخل دار قوم يلعب فوقع في بئرهم هل يضمنون؟ قال: ليس يضمنون، فان كانوا متهمين، ضمنوا[٢] قلت: ذيل الرواية تحتاج إلى مزيد تأمل. فان الاتهام يرجع الى الإيقاع دون الحفر.

وحمله في الوسائل على وقوع القسامة (ج٢٩/٢٥٥) جمعا بينها وبين غيرها (٢٩/٢٤٢).

خامستها: معتبرة الحلبي سأل أبا عبدالله عن الشيء يوضع على الطريق فتمرّ الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه[٣] ورواه المشائخ الثلاثة باسانيد معتبرة.

ونقل عن الشيخ والفاضل وثاني الشهيدين والاردبيلي عدم الضمان،

---

(١) المصدر ص٢٤٢ ولاحظ جامع الاحاديث ج٣١/٣٥٧ و٣٥٨.
(٢) جامع الأحاديث ج٣١/٣٥٦ ب١ من أبواب ما يوجب الضمان.
(٣) الوسائل ج٢٩/٢٤٣.

إذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين كالحفر للبالوعة والاستقاء ونحو ذلك واستحسنه المصنف. وتردد أو ناقشه صاحب الجواهر ج٥٣/٣٧.

وهذا لنقل متوجه على اطلاق الرابعة اكثر من اطلاق هذه (الخامسة).

نعم لو دار الامر بين الاضرار بالطريق ومصلحة الناس بل مصلحة المارة وقدم الاول على الاخيرين شخص او جهة كالبلدية توجه إليه الضمان بمقتضى هذه الرواية والله العالم.

سادستها: صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في شاهد الزور ما توبته؟ قال يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، ان كان النصف او الثلث ان كان هذا وآخر معه شهد عليه[1].

وفي رواية الصدوق: وان كان شهد هو وآخر معه أدى النصف[2].

سابعتها: صحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام في امرءة شهد عندها شاهدان بان زوجها مات فتزوجت، ثم جاء زوجها الاول، قال: لها المهر بما استحل من فرجها الأخير ويضرب الشاهدان الحد ويضمنان المهر لها عن (بما غرّا) الرجل ثم تعتد وترجع إلى زوجها الاول[3].

ثامنتها: صحيح جميل عنه عليه السلام في شاهد الزور: إذا كان الشيء قائما بعينه رُدّ على صاحبه وان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل[4].

---

(١) المصدر ج٣٢٧/٢٧.

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) المصدر ٣٣٠/٢٧ باب ١٣.

(٤) الوسائل ج٣٢٧/٢٧ و٣٢٨.

تاسعتها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجلين شهدا على غائب عن (عند) أمرأته انه طلقها فاعتدّت المرأة وتزوجت. ثم ان الزوج الغائب قدم فزعم انه لم يطلقها، وأكذب نفسه احدالشاهدين، فقال لا سبيل للاخيرعليها، ويؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع فيرد على الأخير..[1].

عاشرتها: معتبرة محمّد بن قيس عنه عن أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بانه سرق فقطع يده، حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده[2] إنّما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية ولم يجز شهادتهما على الآخر[3].

ويؤيدها الروايات غير المعتبرة في بعض الابواب الاخر من كتاب الشهادة من الوسائل.

وفي الجواهر: (٤٧/٣٧) ومنها ما دل على رجوع المغرور (باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء وب٢ من أبواب العيوب والتدليس وب٧ منها من كتاب النكاح ومنها ما دل على تسبيب الاكراه. فبعد التجريد والجمع بين الروايات يستفاد منها قاعدة التسبيب في الجملة والله الهادي.

الانظار حول تعريف السبب

١ ـ كل فعل يحصل التلف بسببه.. قاله المحقق في كتاب الغصب وقد سبق قريبا.

---

(١) المصدر ص ٣٣٢.

(٢) الرواية تدل على نفي علم الإمام بالموضوعات وعدم تسدده بالروح المؤيد دائماً.

(٣) الوسائل ج٢٧/٣٣٢.

٢ ـ ما لولاه لما حصل التلف عنده، لكن علة التلف غيره كحفر البئر ونصب السكين والقاء الحجر، فان التلف عنده بسبب العثار. كما قاله في ديات الشرائع.

٣ ـ السبب ايجاد ما يحصل التلف عنده إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر وفاتح رؤس الظرف والمكره على الاتلاف. والمباشرة هي ايجاد علة التلف كالقتل والاحراق. كما عن غصب القواعد.

واستدركه في جامع المقاصد: وقول المصنف إذا كان السبب ما يقصد لتوقع تلك العلة غير محتاج إليه، بل هو مضر، إذ حفر البئر قد لا يقصد به الحافر به توقع العلة الموجبة للتلف، ولا قصدها اكثرى مع الضمان قطعاً للسببية... كأنه اراد بقصده كون شأنه ذلك. وكان الأولى ان يقول: هو ايجاد ما يحصل التلف عنده، لكن بعلة اخرى إذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف، بان يكون وجودها معه اكثريا.

٤ ـ اقسام المزهق ـ كما في قصاص القواعد ـ ثلاثة: شرط وعلة وسبب، فالشرط ما يقف عليه تأثير المؤثر ولا مدخل له في العلية كحفر البئر بالنسبة إلى الوقوع، إذ الوقوع مستند إلى علته، وهي التخطي ولا يجب به قصاص.

واما السبب فهو ماله أثر ما في التوليد كما للعلة ولكنه يشبه الشرط من وجه ومراتبه ثلاثة: الاكراه.. شهادة الزور.. ونحو تقديم الطعام المسموم إلى الضيف..

٥ ـ السبب ـ كما في ـ ديات القواعد هو كل ما يحصل التلف عنده بعلة غيره الا انه لولاه لما حصل من العلّه تأثير كالحفر مع التردي.

٦ ـ قال في الايضاح في وجه التردد في ضمان الولد بموته جوعا لو حبس الشاة أو حبس المالك عن حراسة ماشيته، فاتفق تلفها أو غصب دابة

فتبعها ولدها: ينشأ في الاول من انه مات بسببه لصحة اسناده إليه عرفاً. ولان السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلة سواه، وهذا تفسير بعض الفقهاء وزاد آخرون ولولاه لما أثرت العلة. وهذا التفسير أولى، فعلى هذا ليس هو السبب، ولانه يمكن اعتياضه بغيره فهو اعم، فليس بسبب ولا يد له عليه ولا مباشرة ولا ضمان. وهذا منشأ النظر في الباقين.

وايضا ينشأ في الثاني من انه تصرف في المالك لا في المال فمن حيث انه سبب عرفاً. واما في الثالث فمن حيث انه سبب لحدوث ميل يشبه القسري لوجود ميل الولد إلى أمّه طبعا، فهو سبب، ومن الشك في كونه سببا شرعيا في الضمان، والاصل البراءة. (نقل عن الجواهر ج٤٩/٣٧).

٧ ـ وعن غاية المراد في بيان الوجه في سببية دلالة السارق: أن السبب على ما فسره الفقهاء هو ايجاد ملزوم العلة قاصداً لتوقع تلك العلة، ومنهم من يفسره بانه فعل ما يحصل عنده التلف لكن لعلة غيره فهو اعم من الاول لا مكان سبب آخر بدل منه.

٨ ـ وعن المسالك: ان ما له مدخل في هلاك الشيء اما ان يكون بحيث يضاف اليه الهلاك في العادة اضافة حقيقية له أولا كذلك. وما لا يكون كذلك اما ان تكون من شأنه القصد به ما يضاف اليه الهلاك أو لا يكون كذلك وما يضاف اليه الهلاك يسمى علة والاتيان به مباشرة. وما لا يضاف اليه الهلاك ولكن يكون من شأنه ان يقصد بتحصيله ما يضاف اليه، سمي سبباً والاتيان به تسبيباً..

وقال فيه ايضاً: واعلم ايضا ان تمثيل المصنف السبب بحفر البئر في غير الملك تخصيص للسبب الموجب للضمان، فان حفره وان كان فى ملك الحافر يكون سببا في الهلاك، لكنه غير مضمون، فالسبب المعرّف سبب خاص، وهو الموجب للضمان، وان كان التعريف صادقاً على ما هو

اعم .

٩ ـ يقول صاحب الجواهر (ج٣٧/٥٠) في مقام الاعتراض والنقاش : بان لفظ السبب لم يرد في النصوص عنوانا للحكم والاصل البراءة فيما لا يضاف إليه الاتلاف حقيقة ولا يندرج في الامثال المزبورة ، بل مع الشك فيه كذلك أيضا .

ودعوى ان المحصل من كلماتهم الضمان بمفهوم السبب الذي قد عرفت الخلاف في تعريفه على وجه بنوا الضمان وعدمه في بعض الفروع عليه ، واضحة الفساد ضرورة كون الثابت خصوص بعض المصاديق التي لا ينتقل منها إلىٰ جعل عنوان الحكم مفهوم السبب[1] الذي ذكروه خصوصا بعد العلم بأن ما سمعته من التعريف له من الامور الاصطلاحية ، لا انه مفهوم عرفي . بل السبب المذكور هنا غير موافق لمعنى السبب بمعنى العلة التامة ولا السبب الاصطلاحي الذي هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته ، بل ليس هو الا من الشرائط .

فالتحقيق حينئذ كون المدار على المستفاد من النصوص المزبورة وغيرها مما صرح فيها بالضمان به ، والتعدية منه إلىٰ مشابهة في ذلك بالاجماع او بفهم عرفي ينتقل منه إلىٰ كون المذكور مثالاً لما كان من سنخه (ص٥١)

فروع

١ إذا اجتمع السبب والمباشر قدم المباشر في الضمان على ذي السبب كمن حفر بئرا في ملك غيره عدوانا فدفع غيره فيها انسانا فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع ، بلا خلاف كما قيل . بل ارسلوه ارسال المسلمات

---

(١) هذه الدعوى بالنسبة إلىٰ كلماتهم غير بعيدة . واما قصور الروايات عنها فهو شيء آخر .

في هذا المقام وفي الديات والقصاص، إذ الفعل يسند إلىٰ القريب دون البعيد بنظر العرف.

وفي الجواهر (٥٤ و٥٥): بل السبب في الحقيقة قد صار من آلات المباشر في مباشرته، كقتله بالسيف والدفع في البئر والقائه على السكين المنصوب واغراقه في الماء الذي وضعه الغير وهكذا.. ومناقشة بعضهم في ذلك واحتمال ضمان المباشر والسبب معا ضعيف.

٢ ـ إذا اجتمع السببان (لا المسبب والمباشر) بان يحفر واحد بئراً ويضع الأخر عنده حجرا فيعثر به انسان فيقع في البئر، فعن المسالك تبعاً للتذكرة: ان اتفقا في وقت واحد اشتركا في الضمان، لعدم الترجيح وإن تعاقبا فالضمان على المتقدم في التأثير لاستقلاله بالضمان اولاً، فكان اولى وهو سبب السبب فيجب وجودالمسبب عنده.

واورد عليه في الجواهر (٥٦/٣٧) بان كلامهما لا يخلو من خفاء. والذى ذكره غيرهما انه يقدم الاول في الجناية وان تأخر حدوثه عن الآخر. وربما احتمل ترجيح الاقوى كما لو نصب سكينا في البئر المذكور. وقد يحتمل قويا تساوي السببين لاشتراكهما في التلف الحاصل خارجا وانه لولا الحجر لم يحصل التردي في البئر، كما انه لولا البئر لم يؤثر العثور بالحجر تلفا. (واختاره السيد المعاصر السيستاني في المنهاج ج٢٤٨/٢).

بل لو فرض كون كل من السببين متلفاً لو استقل إلّا إنّهما اشتركا في ما تحقق في الخارج من التلف، يتجه فيه الاشتراك في الضمان.

أقول: لا بعد في اشتراكهما في الفرض الأخير على نحو التساوي وكذا لو لم يكن كل منهما مستقلاً لكن كانا متساويين في التأثير.

واما إذا كانا مختلفين في التأثير ضعفا وقوة فيمكن القول باشتراكهما حسب درجة التأثير ان احرزت والا فالتصالح في المشكوك.

ويحتمل اختلاف الحكم باختلاف المقامات بحسب الاستقلال في الاتلاف وعدمه وبحسب تقدّم الحدوث وتأخره وبحسب الاول في التأثير وآخره إذا اختلفت نسب التلف إلىٰ الاسباب عرفا من دون بيان ضابطة واحدة والله العالم.

وقال بعض من عاصرناه: واما إذا تعدد السبب، سواء كانا اثنين او اكثر، فاما يكونان وجدا في عرض واحد واما مترتبان في الوجود.

اما الاول فهما اوكلهم ان كانوا اكثر من اثنين يشتركون في الضمان وذلك كما انه لو حفر جماعة بئرا في الطريق فوقع فيها دابة، لان اختصاص بعضهم بالضمان دون بعض ترجيح بلا مرجح.

واما الثاني.. فحوالة الضمان على اولهما وجودا، وذلك لأنّ مع وجود اولهما تحقق ما هو سبب الضمان ولا يرفع حكمه ـ أي كونه سببا للضمان ـ الا بتوسيط فعل فاعل مختار بينه وبين التلف. والمفروض انه ليس في المقام (أي انه غير محقق).. فلو حفر احدهما بئراً... فوضع بعد ذلك شخص آخر حجراً في حافة تلك البئر فعثرت دابة بواسطة ذلك الحجر فالضمان على الحافر[1].

٣ ـ إذا فرض ضعف المباشر وقوة السبب، فالضمان على ذو السبب فقط كما عن غير واحد وعن بعضهم الاقتصار على استثناء الغرور والاكراه.

وفي الجواهر حمله على المثال، ضرورة ضعف الريح والشمس والنار والسبع وغيرها مما لا عقل له ولا اختيار (٥٦/٣٧).

٤ ـ من قدّم الطعام إلىٰ الجاهل، فان الضمان ليستقر على الآمر. وفي الجواهر: بل لو لم يكن منه امر، بل مجرد تقديمه له ضيافة. وان قال في

---

(١) القواعد الفقهية ج٣٨/٢ و٣٩.

التذكرة: من قال كله ولم يقل انه ملكي ولا طعام فلان غصبته، بل اطلق، فوجهان اقواهما الضمان، لانه غرة ايضا، بل لو كان الطعام ملك المأمور المغرور ضمنه له ايضا، لانه وان كان قد سلطه عليه، إلّا انه باعتقاده انه ملك الغير وانه مسلط على اتلافه بغير عوض، ولذلك ضعفت مباشرته بالغرور. وما اشتهر من ان قرار الضمان على من تلف في يده المال إنما هو في غير الفرض.

اقول: لو فرض اقدام المالك المغرور على الاكل مثلا على كل حال يشكل ضمان السبب.

٥ ـ في الشرائع: ولا يضمن المكره المال وان باشر الإتلاف، والضمان على من اكرهه لان المباشرة ضعفت مع الاكراه. فكان ذو السبب أقوى. وفي الجواهر: بلا خلاف أجده في شيء من ذلك. نعم قد تقدم في كتاب الطلاق (ج٣٢ ص١١ ـ ١٤) تفصيل ما يتحقق به الاكراه. وفي المسالك: ربما قيل باشتراط زيادة خوف ضرر لا يمكن تحمله. والاشهر الاول. قلت: ولعله لصدق الاكراه الذي هو عنوان الحكم نصا[١] وفتوى وان كان الضرر يسيراً.. (وقال): ثم ان ظاهر الاصحاب في المقام عدم رجوع المالك على المكره بخلاف الجاهل المغرور، فان له الرجوع عليه وإن رجع هو على الغار ولعله لعدم صدق (اخذت) الظاهر في الاختيارية عليه بخلاف المغرور.

مضافاً إلى ظهور رجوع المغرور في ضمانه وان رجع هو، وحينئذ يكون المراد من قولهم «الضمان على المباشر الا مع قوة ذي السبب» انه

---

(١) الوسائل ج١٥/٣٦٩ وهو حديث رفع التسعة ب٥٦ من ابواب جهاد النفس.

يستقل السبب بالضمان مع قوته ولا يشاركه المباشر الا في الغرور، كما انه يستقل المباشر بالضمان ولا يشاركه السبب (٥٧/٣٧).

أقول: ظهور كلمة أخذت في الاختيارية ممنوع ولعله لا يلتزم به صاحب الجواهر على انه مر ضعف الخبر سندا وعلى ان الضمان في الاكراه ليس من ضمان اليد دائماً بل قد يكون من ضمان الاتلاف وقد يكون من ضمان التفويت. ثم ان صحيح ابن سنان المتقدم برقم الثانية في ضمن اخبار السبب ينافي نفي ضمان المكره فان المدفوع اعجز من المكره لافعل له ولا ارادة[١] إلا ان يترك العمل به من جهة انه خلاف القاعدة.

وقد يقال ان القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكره والمغرور وان اثم المكره والغار لاستقلال المباشر بالاتلاف، ولكن ضمنا للدليل لا لقوة السبب على المباشر، المخصوصة بما إذا كان الإسناد حقيقة للسبب دون المباشر الذي هو كالريح والشمس.

اقول: وفيه تأمل. وربما يقال بشمول قوله: الغصب كله مردود للمكرَه والمغرور، لكن الرواية ضعيفة سندا (لاحظ ئل ب١ من ابواب الانفال ح٤).

ولذا قال في الجواهر (ص٥٨): ان لم يكن اجماعاً لا يخلو عدم ضمان المكرَه من نظر خصوصاً مع عود النفع إلى المباشر باعتبار مباشرته الاتلاف وان رجع هو على المكره.

وفيه ايضاً: بل ينبغي الجزم به (أي بضمان المكره والمغرور) فيما لو كان مغصوب في يده قبل الاكراه، فاكره على اتلافه، بل هو كذلك في كل

---

(١) ولاجله يمكن ان يقدر فيما اكره عليه (في حديث الرفع) العقاب كما في ما لا يعلمون. او يقال ان المرفوع هو الضمان المستقر دون الابتدائي فلاحظ.

مضمون بيده ثم اكره على اتلافه ، لان رجوع المالك حينئذ عليه باعتبار حكم الضمان السابق ص ٣٧/٥٨.

اقول : ما ذكره متين لكنه كما صرح به ، هو ضمان ابتدائي جاز رجوعه على المكره اما لاجل حديث الرفع واما لقوة ذي السبب من المباشر عرفاً .

والارجح هو نظر المشهور ورفع الضمان الابتدائي بحديث رفع التسعة عن المكره ـ بالفتح ـ وتعلقه بالمكره ـ بالكسر ـ والله أعلم .

٦ ـ الاكراه على اتلاف النفس لا يوجب سقوط الضمان عن المكره ، وفي الجرح إشكال للتردد في شمول قوله : فاذا بلغ الدم فليس تقية[١] له (٥٩/٣٧) .

اقول : وكأن سيدنا الاستاذ الخوئي يزعم في درسه اختصاص الحديث بباب التقية وعدم شموله للاكراه ، وله ثمرة مهمة ، إذ يتخير المكره ـ بالفتح ـ بالقتل حينئذ بين القتل وتركه حتى يقتل بيد المكره عند فقد المرجح . إلّا ان يقال ان باب التقية اوسع ، فاذا لم تشرع في القتل فليكن في الاكراه كذلك ، على ان التقية نوع من الاكراه غالباً ، والمقام بعد يحتاج إلىٰ تأمل .

٧ ـ لو أرسل في ملكه ماء فاغرق مال غيره أو أججّ ناراً فيه فاحرق ، ففيه صور وتفاصيل واقوال :

ان اغراق مال الغير أو أحراقه إمّا فعل مباشرة باعتبار كونه من توليد فعله ، وإما تسبيبي اما الاول ففي الجواهر (٦١/٣٧) : والتحقيق ما عرفت من

---

(١) الوسائل ب ٣١ من ابواب الأمر والنهي ح ١.

كون المدار على صدق الاتلاف حقيقة ولو بالتوليد ـ ان لم يكن اجماع على خلافه ـ من غير فرق بين التجاوز في الحاجة وعدمه وبين العلم أو الظن بالتعدي وعدمه.

قلت: حاصل كلامه، ان قاعدة من اتلف لا مخصص اولا مقيد لها في المقام. وهو المعتمد.

وفي الثاني (فرض الفعل السببي) فان كان التصرف (ارسال الماء وتأجيج النار) بمقدار الحاجة ومن دون علم او غلبة ظن بان ذلك موجب للتعدّي إلى الإضرار، لكن اتفق الاضرار بحدوث العاصفة بغتة أو بغير ذلك، فالارجح عدم الضمان لاصالة عدمه بعد عدم دخول الفرض فى أخبار الضمان المتقدمة. بل يمكن الحاقه بحفر البئر في ملكه وان ذكره من باب المثال.

ويمكن ان يلحق به فرض تجاوز مقدار الحاجة مع عدم العلم العادي بالاضرار بالغير أو مع عدم الاحتمال الراجح العقلائي له، لعين ما تقدم ولعدم استفصال في موثقة سماعة في حفر البئر في ملكه.

وقال بعض المعاصرين (منهاج الصالحين ج٢٤٧/٢): بالضمان إذا كان من شأن النار أو الماء السراية وعدم الضمان إذا لم يكن من شأنهما السراية فاتفقت لعصف الرياح بغتة.

واما إذا اطمئن بالاضرار بالغير فلا يبعد الضمان سواء تجاوز قدر الحاجة ام لا، لقوة ذي السبب على المباشر وصدق الاتلاف وانصراف موثقة سماعة ظاهراً عن هذا الفرض.

لا يقال: مرجع هذا الكلام إلى مدخلية العلم في صدق الاتلاف وعدم صدقه في فرض جهل ذي السبب، وهو ضعيف لصدقه في

الصورتين عرفاً .

فانه يقال: بل مرجعه إلى انصراف الموثقة عن شمول فرض العلم بالاضرار بالغير ، بل وكذا انصرافه عن فرض قصد الاضرار بالغير .

ففي فرض عدم العلم وعدم تعدد الاضرار ينفى الضمان بالموثقة وفي صورة العلم او القصد يرجع إلى عموم أو اطلاق قاعدة من تلف .

والنتيجة انه لا يؤثر في الحكم تجاوز قدر الحاجة وعدمه . هذا ولكن في الجواهر (٦٠/٣٧) لا اشكال في الضمان مع التجاوز عن قدر الحاجة والعلم والظن بالتعدي ، بل في المسالك : لا شبهة في الضمان لتحقق التفريط المقتضى له مع وجود السببية الموجبة للضمان .

وفي الكفاية أنه مقطوع به في كلامهم ، ولا اعرف فيه خلافاً . بل منه يعلم ايضاً قوة القول بالضمان مع انتفاء احد الامرين (كما عن جمع) .

فترى ذيل الكلام صريحاً في خلاف ما استظهرنا ، وصدره الحق الظن بالعلم في ايجاب الضمان .

واعلم ان المالك ربما يعلم باضرار فعله في ملكه ، لكن بتركه يتضرر هو ، وهو بحث تزاحم الضررين وقد تعرضنا له في كتابنا الارض في الفقه والله المؤيد .

٨ ـ لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً او حبس مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها او غصب دابة فتبعها الولد ففي ضمان ذي السبب اختلاف وتوقف جمع عن الحكم (٦٤/٣٧) .

ومقتضى القاعدة انه ان استند تلفها إلى فعل الفاعل وأنه لولا الغصب لم يمت الولد جوعاً ، وكذا في المثال الثاني، الضمان. واما في المثال الثالث ففي الضمان تردد لعدم انطباق الاتلاف السببي عليه بشكل ظاهر فلعل

الراجع إلى اصالة البراءة غير مدفوع بشيء.

٩ ـ في الشرائع: لو فك القيد من الدابة فشردت أو عن العبد المجنون فأبق، ضمن لانه فعل يقصد به الاتلاف. اقول بل هو فعل يصدق عليه الاتلاف.

وكذا لو فتح قفسا عن طائر فطار مبادرا او بعد مكث. وفي الجواهر (ص٦٦): بلا خلاف أجده في شيء من ذلك.

وهل يضمن لو افسد الطائر بخروجه كما عن غير واحد، بدليل أن فعل الطائر منسوب اليه وفي الجواهر: وان كان لا يخلو عن نظر خصوصاً مثل اتلاف الدابة بعد الفك في بعض الاحوال، ضرورة امكان منع السببية الشرعية. قلت: وهو لا يخلو عن وجه ثم قال في الشرائع: ولا كذلك الحكم لو فتح بابا على مال فسرق أو ازال قيدا عن عبد عاقل فأبق، لان التلف بالمباشرة لا بالسبب. وفي الجواهر ولعله لا خلاف فيهما نعم قيد بعضهم العبد بغير الآبق.

لكن المقام لا يخلو عن اشكال من جهة تقديم المباشر على السبب. ومن جهة ما ذكره العلامة (٦٧/٣٧ من الجواهر) وعن الشيخ ضمان العبد المحبوس إذا فتح الباب عليه فذهب وقال السيد السيستاني في منهاج الصالحين (ج٢/) بضمان فاتح القفس اذا استند التلف اليه عرفاً.

١٠ ـ لو دل السارق فسرق فقيل بضمان الدال وقيل بعدم ضمانه، فان المباشر أقوى ويحمل الاول على فرض اقوائية الدالّ.

١١ ـ لو القى حيوانا او انسانا ـ صغيراً او مجنوناً او عبداً او حراً كاملا ـ في مسبعة يضعف عن الفرار ضمن لو قتله السبع، بل يقاد بشروطه. وعن الشيخ عدم الضمان لان الحر لا يدخل تحت اليد. قلت لو سلم،

فالضمان في المقام ضمان الاتلاف دون ضمان اليد .

واما إذا امكنه التحرز فاتفق الهلاك لامر آخر فلا ضمان لعدم سبب له .

وكذا إذا ألقاه في طريق فاتفق قتله بافتراس او لدغ، فلا يضمن عند المشهور كما في الجواهر (ج٣٧ ص٦٣) .

١٢ ـ يضمن من القى المعاثر في ملك غيره ما يتضرر به المارة إذا لم يكن المباشر اقوى كما إذا وطئها مع الالتفات . وان تعيب بها الدابة يجب على الملقي ارشه كما في ضمان اليد .

١٣ ـ لو وجدت دابة ميتة في البئر المحفورة عدوانا ولم يعلم انها ماتت في الخارج ثم رميت به ، أو بترديها به او القاها مباشر عاقل. لا يضمن الحافر للاصل وان علم مدخليتها في التلف ولكن لم يعلم مباشرة غيره معه على وجه يرتفع الضمان معها فقد يتوهم الحكم بضمان ذي السبب حينئذ لاصالة عدم مباشرة الغير .

وفي الجواهر (٣٧/٦٨) لكن لا يخفى عليك أنه من الاصول المثبتة بعد اعتبار ما عرفت من ظهور النصوص في اعتبار كون العطب به خاصة في الضمان ، فلاحظ وتأمل[١] .

---

(١) ربما يتوهم ان مصطلح الحكومة والاصل المثبت من إبداع الشيخ الانصاري ﷺ وهو اشتباه لذكرهما في كلام الجواهر .

فصل في الحكم

١ ـ يجب رد المغصوب ما دام باقيا اجماعا منا. وأظنّه حكما مقطوعاً في دين الاسلام، لكن في رد عينه إذا كان من الاشياء المتماثلة المصنوعة في عصرنا، نظر، إذ ليس في افرادها تفاوت جزئي في جهة من الجهات، فاذا فرضنا عدم رغبة خاصة لمالكه ككونه مال أبيه او ولده مثلاً، فلا بعد في كفاية رد مثله لا سيما إذا كان اعلى من ماله، وليس للمالك الزام الغاصب برد عينه إذا استلزم ضرراً او مشقة عليه، وفهم العرف يساعد هذا القول، ولا بأس بمخالفة فتوى المشهور إذ لم يشاهدوا هذه المصنوعات المتماثلة من كل جهة في زمانهم، وان كان قولهم احوط.

٢ ـ لو تعسر على الغاصب الرد واقتضى هدم بناء او تخريب سفينة مثلاً، يجب رده على الغاصب ضرورة بقاء المغصوب على ملك مالكه.

واما إذا تصرف فيه سهوا او بعقد فاسد وهو يعلم بفساده وكان نزعها وردها مستلزما لضرر كثير فلا يبعد كفاية اداء المثل والقيمة وانه بمنزلة التالف عرفا، او انه بمنزلة متعذر الرد فيجب على المتصرف بدل للحيلولة زائدا على رد المنافع المفوتة والمستوفاة. وذلك لقاعدة لا ضرر ونفي العسر والجرح ولقاعدة العدل.

ويجري هذا الكلام في مزج الحنطة بالشعير مثلاً بكمية كبيرة يشق تفكيكهما مشقة عظيمة كثيرة من باب الاشتباه والسهو لعين ما مر، نعم إذا كان بغصب وعناد لا بأس بوجوب التمييز عليه على الاحوط، وكلام الاصحاب ايضاً في فرض الغصب والاستيلاء عدوانا فلاحظ ج٧٥/٣٧ من

الجواهر فلا يشمل فرض السهو والاشتباه فيكفي بدل الحيلولة ان شاء الله ويحتمل الشركة أيضاً.

٣ ـ لو ادرج لوحاً مغصوباً في سفينة وكانت في اللجة وخيف من النزع غرق حيوان محترم ـ آدمي أو غيره ـ او مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب فعن القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر غيرها عدم وجوب النزع، بل في مجمع البرهان لا خلاف فيه جمعاً بين الحقين ولاحترام روح الحيوان سواء كان للغاصب وغيره.

وقال صاحب الجواهر ﷺ (٧٦/٣٧ و٧٧) بامكان الزام الغاصب ومن بحكمه وهو العالم بان فيها لوحاً مغصوباً، بذبح الحيوان مقدمة لايصال مال الغير الواجب عليه فوراً، ولو كان المال للغاصب او من بحكمه، فالظاهر وجوب النزع وفاقاً للفاضل وولده والشهيد والكركي واطلاق المصنف وغيره. بل في المسالك نسبته إلى صريح الاكثر، لان دفع المغصوب واجب فورا ولا يتم إلّا به، والضرر هو الذي ادخله على نفسه بعدوانه الذي لا يناسبه التخفيف ص٧٧.

وعن المبسوط والتذكرة وظاهر السرائر عدم وجوب النزع، ويسهل الصبر إلى انتهاء السفينة إلى الشط فتؤخذ القيمة للحيلولة، إلى ان يتيسر الفصل ورد اللوح مع ارش النقص ان نقص، جمعاً بين الحقين بخلاف الساجة في البناء الذي لا أمد له ينتظر. ورده في الجواهر بانه مجرد اعتبار لا يرجع إلى محصل.

اقول: ولا يبعد اختيار هذا القول، لان اللوح إذا توقف على غرق سفينة او اموال كثيرة وان كانت للغاصب او من بحكمه، فهو عند العقلاء من المتعذر فينتقل إلى بدل الحيلولة في لوح السفينة إلى انتهائها إلى الشط

وفي البناء دائماً.

نعم إذا احتاج المالك إلىٰ ماله بحيث يتضرر بمثل ضرر الغاصب ان لم يرد إليه ماله لا بأس بالقول بوجوب نزعه ورده إلىٰ مالكه. والله اعلم.

وبالغ صاحب الجواهر حيث يقول: بل لو اختلطت السفينة بسفن كثيرة للغاصب ولم يوقف على اللوح الا بفصل الكل، فالظاهر ذلك أيضاً للمقدمة، لتطابق النص والفتوى على الزام الغاصب هنا بالاشق على وجه يقدم على نفي الضرر والحرج كما أومأ عليه‌السلام اليه بقوله: الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها[1] ضرورة اقتضائه رده على مالكه وان استلزم خراب الدار اجمع. (٣٧: ٧٧ و٧٨).

اقول: لا نص معتبر في المقام والتمسك برواية ضعيفة، وان شئت فقل بجملة عربية لم يعلم قائلها للحكم باضاعة الاموال الطائلة غريب بل عجيب. ونمنع عدم جريان قاعدة نفي الضرر في هذه المراتب العالية، وانما نقبله بمقدار يناسب غصبه لقاعدة العدل المحررة في كتابنا الارض في الفقه.

وافرط من قال أن للمالك اخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه في كل حال وان استلزم ذلك تلف نفس الغاصب وخصوصا مع حاجة المالك له في تلك الحال لحفظ نفسه مثلاً.

اقول: اما في الفرض الاخير فلا بأس بالحكم واما في الفرض الاول فان كان ذلك في مقام الدفاع عن ماله فهو قابل للبحث والنقض والابرام واما في غير ذلك كما إذا نزع المالك لوحة من سفينة الغاصب ويعلم ان فيه هلاكه فهو افراط إذ لا شك في حرمة النزع فان قتل نفس مؤمن اهم من

---

(١) باب ١ من كتاب الغصب ج٢٥ ئل.

المال. ولو فعل وقتل الغاصب جاز قصاص الفاعل.

٤ ـ لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، فان امكن نزعها على وجهه الاول لزم نزعها على الغاصب وغيره ايصالاً إلى مالكه، وفي الجواهر (ص٧٩): وان افسد الثوب.

قلت: قد مر الكلام حوله في المسألة السابقة فانهما بملاك واحد.

وان فرض تلفها بانتزاعها فهي بمنزلة التالف فيضمن المثل أو القيمة، وفي الجواهر: لكونه كالمعدوم باعتبار تعذر رده. اقول فلا يجب اخراجها من الثوب خلافاً لبعضهم، فيملكه الغاصب بعد رد القيمة او المثل. وفي الجواهر: ستسمع ملك الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة وان كان متزلزلاً، بل كان ذلك مفروغاً منه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعددة ظاهرة او صريحة.. (٣٧/٨٠).

٥ ـ في محكي المسالك: ان خيط به ـ أي بالخيط الغصبي ـ جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره والمحترم إما آدمي او غير آدمي، فالادمي ان خيف من نزعه تلفه أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى التيمم من المرض والشين لم ينزع، وعلى الغاصب قيمته.

ثم ان خاط جرح نفسه، فالضمان مستقر عليه، وان خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب قيل كان قرار الضمان عليه.والآجود قراره على المباشر وأما غير الآدمى فعلى ضربين احدهما غير المأكول والحكم فيه كالآدمي لانه لا ينتفع به مع ذبحه. والثاني المأكول، فان كان لغير الغاصب لم ينزع لحرمة روحه، وان كان للغاصب فوجهان انه يذبح ويبرء الخيط لا مكان الجمع بين الحقين، وهو جائز الذبح. واظهرهما وهو الذي يقتضيه اطلاق المصنف، المنع كما في غير المأكول لان للحيوان حرمة في نفسه ولهذا

يؤمر بالانفاق عليه ويمنع من اتلافه بغير الذبح للاكل.

ولصاحب الجواهر عليه اعتراضات (٨١/٣٧، ٨٣) يظهر حال بعضها مما سبق في المسألة السابقة والله العالم.

٦ ـ لو حدث في المغصوب عيب مستقر لا سراية له، ردّه مع الارش، سواء كان بفعل الغاصب أو غيره. وفي الجواهر: وسواء زال معه الاسم أو غيره بلا خلاف اجده بيننا بل الاجماع بقسميه عليه. بل هو مقتضى وجوب رد المغصوب وضمان ما فات منه المستفاد من العقل والكتاب والسنة[١] والاجماع، خلافاً للمحكي عن ابي حنيفة من انه إذا غير الغاصب المغصوب تغييراً أزال به الاسم والمنفعة المقصودة منه كما إذا قطع الثوب او طحن الحنطة مثلاً، ملكه وضمن القيمة للمالك (٨٢/٣٧ و٨٣).

قلت: لا دليل من العقل ولا آية من الكتاب ولا رواية معتبرة من السنة تدعم فتوى صاحب الجواهر، وان كانت نسبته ثابتة إلى المشهور، وعليه فيمكن في بعض ما ازال اسمه ـ لا في كل مورد حتى في مثل الحنطة الطحينة ـ بحيث تغييرت بنظر العرف التسامحي حقيقة المغصوب وزالت منفعته كما إذا شقت الملحفة او شق الثوب عشرة شقوق، فكل شق وان كان مالا ذا منفعة، لكنه ليس بثوب ولا بملحفة مثلا والعقلاء يرون ضمان مثل المغصوب أو قيمته على الغاصب ويرون الشقوق ملكاً للغاصب. نعم لا أدري ضابطة في ذلك عاجلاً، فلا بد من النظر إلى اختلاف الموارد وخصوصياتها. واما إذا لم يكن العيب مستقراً بل هو سار إلى الهلاك، فعن الشيخ في محكي مبسوطه انه يضمن لانه بشرفه على التلف صار

---

(١) مراده ﵀ من السنة خبر على اليد. وخبر الغصب كله مردود وكلاهما ضعيفان سندا ولاحظ ج٣٣/٣٧ من جواهره تعرف ضعف استدلاله بالكتاب والسنة.

كالمستهلك فيملكه الغاصب ويضمن مثله أو قيمته.

لكن قال المحقق في الشرائع (٣٨/٣٧): ولو قيل برد العين مع ارش العيب الحاصل، ثم كلما ازداد، دفع أرش الزيادة (حتى يهلك) كان حسنا. وفي الجواهر: وإن فعل ذلك المالك عنادا لعدم كونه تالفا حقيقة؛ بل جزم به كل من تأخّر (٨٣/٣٧ ـ ٨٤) والاظهر مختار الشيخ لقوة دليله.

ثم ان المحقق الثاني قيد عبارة الشرائع بعدم تمكن المالك من العلاج بسهولة، والا ففيه (اي الارش) تردد، وتبعه الشهيد الثاني في مسالكه لاستناد الفائت إلىٰ تقصير المالك، كما لو جرحه فترك علاج الجرح مع قدرته عليه، فإنه لا يكون مضمونا (٨٤/٣٧) وناقش صاحب الجواهر وقال: ويمكن منع عدم الضمان في الجرح، بل نفي الخلاف بعضهم عن الضمان لو جرحه فترك حتى مات. قال: لان السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجارح. نعم لو فصده الفصّاد مداوة لمرضه بأمر الطبيب فترك شدّه او ترك كل منهما شدّة حتى نزف الدم، فمات فخيرة الكتاب والتحرير والارشاد والتلخيص، انه لا ضمان على الفصاد.

واستشكل فيه الفاضل ومنع بعضهم من ضمان الزيادة بان الارش الذي دفعه الغاصب انما هو أرش عيب سارٍ، فهو كمال حق المالك، فلا وجه لضمان ما تجدّد بعده ومال إليه صاحب الجواهر (٨٥/٣٧).

٧ ـ ولو كان المغصوب باقيا بحاله رده ولايضمن تفاوت القيمة السوقية، وفي الجواهر: بلا خلاف أجده بيننا، وعن المسالك نسبته إلىٰ اكثر اهل العلم، لأن الفائت رغبات الناس لا شيء من المغصوب.

اقول: وهو متين لكن إذا لم يكن للعين منفعة ذاتية وقيمة أصلية كالاسكناس والنقود الرائجة اليوم، فلا يبعد أن يقال بضمان تفاوت القيمة

السوقية في المغصوب والقرض والمهر وغير ذلك. نعم إذا ثبت اعتباره بالنسبة إلى الاعيان وتنزل بالنسبة إلى النقود الخارجية، فلا يبعد عدم الارش، والمسألة اليوم محل ابتلاء.

وتدل عليه في الجملة معتبرة يونس بسند الكافي (ئل ج١٨/٢٠٦ ب٢٠ ح١ من أبواب الصرف): كتبت إلى الرضا عليه السلام ان لي على رجل ثلاثة آلاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام، وليست تنفق اليوم فلي عليه تلك الدارهم باعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟ قال: فكتب إلي: لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس.

لكن ليونس رواية معتبرة اخرى في التهذيبين على تردد في صحة سند مشيخة التهذيب إلى الصفار وإن صح في الفهرست: كتبت إلى أبي الحسن الرضا: انه كان لي على رجل دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم اعلى من الدراهم الاولى ولها اليوم وضيعة، فأي شيء لي عليه؟ الاولى التي اسقطها السلطان او الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب لك الدراهم الاولى (المصدر السابق) ورواه في الفقيه عن يونس ولكن لم يذكر له سندا في مشيخة الفقيه.

ورواية صفوان ـ على تردد في صحة سند الشيخ إلى الصفار كما اشرنا إليه ـ قال: سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شيء ألصاحب الدارهم، الدراهم الاولي او الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: لصاحب الدراهم الدراهم الاولى (نفس المصدر ٢٠٧) وجمع بينهما الصدوق جمعا تبرعيا ولا عبرة به، وبالتعارض يسقطان ومقتضى القاعدة ما قلنا على احتياط.

امور مهمة:

الاول : القيمي والمثلي

إذا تلف المغصوب ومطلق المضمون ، فان كان مثلياً وجب مثله على الضامن لمالكه ، وان كان قيميا وجب اداء قيمته كذلك . واستدل له بامور :

اولها : الخبر النبوي : على اليد ما اخذت حتى تؤدي . لكنه ضعيف سندا ومتنا كما مر في القسم السادس من الضمان .

وثانيها : ما دل على احترام مال المؤمن . ومر جوابه .

وثالثها : الروايات الدالة على أن الامة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري أخذها صاحبها واخذ المشتري ولده بالقيمة . فان الامام عليه السلام حكم بضمان القيمة .

رابعها : الإجماع المنقول . لكنه مستند إلى الوجوه الأخرى فليس بتعبدي .

خامسها : قوله تعالى : **﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾** .

كما عن الشيخ في محكي الخلاف والمبسوط على ضمان المثل بالمثل والقيمة بالقيمي . بدعوى ان المماثلة انما تقتضي ذلك .

وقال سيدنا الاستاد الخوئي (مصباح الفقاهة ج٣/٣٠٥) ان الاستدلال بالآية موقوف على امور ثلاثة :

١ ـ ان تكون كلمة ما في الآية موصولة لا مصدرية .

٢ ـ ان يراد بالموصولة الشيء المعتدى به (اي دون الفعل وهو الاعتداء فتكون الموصولة كالمصدرية في النتيجة اي في عدم الدلالة على المقصود) .

٣ ـ ارادة المثل في المثلى والقيمة في القيمى من كلمة المثل في الآية .

اقول : الامر الاول سهل فلاحظ[1] ، واطلاق كلمة (ما) يشمل الاعيان والافعال معا فتدل الآية على جواز ضرب الضارب ، للمضروب وعلى اتلاف مال المتلف لمالك التالف وعلى اخذ مال المعتدى للمالك بمثل ما اخذه . ولا بعد في شمول كلمة المثل للقيمة عند فقد المثل بفهم العرف وارتكاز العقلاء .

فالعمدة في الايراد ما ذكره السيد الاستاذ الخوئي ايضاً بان غاية ما يستفاد منه هو جواز التصرف في اموال الغاصب على سبيل التقاص بلا كونها ملكاً للمتصرف .

اقول : إذا جاز للمعتدى عليه أخذ مثل ما اعتدى المعتدي فهل يجب على المعتدي التمكين أو يجوز له المدافعة؟ الثاني بعيد من مذاق الشرع وسياق الآية ونظائرها والاول يكشف عن تعلق المال في ذمته للمظلوم المعتدي عليه . فلاحظ فثبت المراد كما اشرنا إليه في الضمان بالتفويت ايضاً نعم تختص الآية بفرض الاعتداء والغصب ولا تشمل فرض السهو والاشتباه والمأخوذ بالعقد الفاسد .

بقي شيء وهو يمكن أن يقال بان كلمة المثل المذكورة في الآية لها مصداقان : المثل المصطلح عليه في الفقه . القيمة ، فان كلاً منهما مثلا لغويا عرفيا . وعلى هذا يجوز للمعتدى عليه أخذ المثل أو القيمة في المثليات والقيميات الاصطلاحية خلافاً للمشهور . والله العالم بمراده وكلامه .

---

(١) فان مجرد جواز اتلاف مال المتلف من دون جواز أخذه امر مخالف لطريق العقلاء .

ومما يدل على ضمان المثل عند تلف عين مال الغير بناء العقلاء فانهم يرون ذمة غير المالك مشغولة حتى يرد مثل التالف في خصوصياته الشخصية والنوعية وعند فقد المثل، قيمته. وما ذكروه من ان الاقرب عند العقلاء إلىٰ العين التالفة هو المثل في المثلى والقيمة في القيمي غير ظاهر.

نعم جعل صاحب الجواهر ـ رحمه الله ـ ضمان المثلي بالمثل فقط من قطعيات الفقه (٨٥/٣٧) ونقل عن جامع المقاصد الاجماع عليه، وعن غاية المراد اطباق الاصحاب عليه ومع هذه الكلمات لا بد من الاقتصار على ضمان المثلى بالمثل لا به وبالقيمة، فان مشهور الفقهاء من العقلاء الكاملين.

واما القيمي فعن الشيخ والمحقق كما في قرض الشرائع (ج٢٠/٢٥ من الجواهر) ضمان القيمي بمثله لا بقيمته. ولا ادرى هل يقولان به مطلقاً او في خصوص القرض.

ويمكن ان يقال إذا وجد للقيميات الاصطلاحية مثل عند العرف فهو المضمون وإذا لم يوجد أي لم يحرز جميع صفات التالف او معظمها التي لها مدخلية في مالية العين في الافراد الاخرى فالمضمون القيمة. والحيوان غالباً من الثاني فلذا كان ضمانه بالقيمة كما في صحيح أبي ولاد، لكن لا حصر في الخبر فلو احرز العلم الحديث صفات الحيوان بدقة كان ضمان مثله متعين.

وعليه فاذا شك في كون تالف انه مثلي أو قيمي يجب رد المثل ويجب قبوله على المالك، ومع تعذره فالقيمة بدلا[1].

---

(١) لكن هذه الكبرى تحتاج إلىٰ مزيد تأمل وسيأتي نقل الاقوال الاربعة في فرض الشك.

٢ ـ النصوص الواردة في ضمان القيمة .

١ ـ رواية السكوني عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين. فقال أمير المؤمنين عليه السلام يقوم ما فيها ثم يؤكل، لانه يفسد وليس له بقاء... هم في سعة حتى يعلموا[١].

٢ ـ صحيح ابي ولاد المفصل[٢].

٣ ـ معتبرة جميل بن دراج في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه[٣].

٤ ـ معتبرة محمد بن قيس (ئل ٢٠٣/٢١ ب٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء) عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيد الاخير.. فقال خذ وليدتك وابنها. فناشده المشتري. فقال: خذ ابنه ـ يعنى الذي باع الوليدة ـ حتى ينفذ لك ما باعك... (ئل ٢٠٣/١٢).

٥ ـ معتبرة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه... قال يقوّم قيمة فيجعل على الذي اعتقه عقوبته وانما جعل ذلك عليه لما افسده (الكافي ٦: ١٨٢).

٦ ـ معتبرة محمد بن قيس المستفاد منها ذلك في الجملة (المصدر

---

(١) الوسائل ج٢٥/٤٦٨ .

(٢) الوسائل ج٢٥/٣٩١ الغصب وج٢١/٨٣ جامع الاحاديث .

(٣) الوسائل ج٢١/٢٠٥ .

١٨٣) وكذا غيرها .

ولاحظ حواشي ص٣٢٨ وص٣٢٩ ج٣ من مصباح الفقاهة .

وبالجملة لم يثبت ضمان القيمة الا في الحيوان والمملوك ، وإلّا في الرهن كما يأتي ومقتضى إطلاق رواياته ضمان مطلق الرهن بالقيمي مثليا كان أو قيمياً .

٣ ـ ما معنى المثلي والقيمي ؟

نسب صاحب الجواهر تعريف المثلي المذكور في الشرائع : «ما تساوى قيمة أجزائه» إلىٰ المشهور ، ثم نقل تعاريف متعددة ، فقال (٩١/٣٧) : فالمراد من التعاريف واحد وهو التساوي الذاتي في غالب ماله مدخلية في الرغبة في القيمة ، وان يكون ذلك في افراد الاصناف لا اتفاقاً . . إلىٰ أن قال ص٩٣ : فقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا ان المثلى المصطلح هو الذي يمكن لعقلاء العرف الحكم بمثل له مساوٍ فيما له مدخلية في ماليته في غالب صنفه ، وما ليس كذلك فهو قيمي .

وقال ايضا : فان تعذر المثل ضمن قيمة المثل ، بلا خلاف أجده ، لكن قد يناقش بانه لا يقتضي وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب ، فان له التأخير إلىٰ حال التمكن من المثل .(ص٩٤)[١] .

وقال سيدنا الاستاذ الخوئي رحمه الله (ج٣/٣٠٩) : العين الواجدة للاوصاف التي لها مدخلية في المالية ان كان لها افراد[٢] متماثلة بحسب النوع أو

---

(١) اختاره السيد الخوئي في مصباح الفقاهة ج٣/٣٢١ .

(٢) كأن السيد الاستاذ فسر الاجزاء في تعريف المشهور بالافراد لكنه خلاف تعريف ←

الصنف فهو مثلي ضرورة ان افراد الكلي مع فرض تماثلها متساوية الاقدام ومتقاربة الاوصاف من دون تفاوت بينهما في نظر العرف وان كان بينهما فرق بالدقة العقلية ، وان لم تكن لها افراد كذلك فهو قيمي ، وهما يختلفان بحسب الازمان ، وهذا واضح .

٤ ـ الضابطة عند الشك

إذا شك في مضمون انه مثلي او قيمي ، كالرطب والعنب والزبيب والتمر والحديد والنحاس والرصاص وامثال ذلك ، فقد اختلفوا في حكمه على اقوال اربعة : كالقول بضمان القيمة فقط . وكالقول بتخيير المالك بين أخذ المثل أو القيمة . وكالقول بتخيير الضامن بينهما وكالقول بضمان المثل فقط .

وقد نقل سيدنا الاستاذ الخوئي دلائل هذه الاقوال في درسه (مصباح الفقاهة ج٣/٣١٠) نعم تخيير المالك يوجب حصول العلم بفراغ ذمة الضامن .

واورد عليه الاستاذ ﷺ ص ٣١٥ بان اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة واقعاً وقيام الإجماع والضرورة على عدم وجوب ادائهما معا لا يقتضيان تخيير الضامن بين اداء المثل والقيمة ولا تخيير المالك في استيفاء أيّهما شاء بل يمكن تعيين ما في الذمة بالصلح القهري بان يرجع المالك والضامن كلاهما إلى الحاكم الشرعي ويحكم الحاكم بذلك .

قالت : هذا الاحتمال خلاف بناء العقلاء الذي هو الأصل في هذه

⁂الشرائع بل خلاف صريح كلام الجواهر (٣٠٩/٣٧ و٣١٠) لكن ظرّ الاستاد ولعله احسن فلاحظ .

المسألة وفروعها والأصل عدم وجوب الترافع . ويحتمل في المقبوض بعقد فاسد تعين الضمان بجنس الثمن ، لانهما اقدما على ذلك .

والاظهر هو القول الأخير لقصور المقتضى في ضمان القيمة في غير الحيوان والمملوك ، وعليه فاذا وجد المثل وإلا فالمتعين هو اداء القيمة اما بعنوان بدل الحيلولة واما بعنوان البدل الاصلي .

فرع : إذا سقطت العين عن المالية كالجمد في الشتاء لا يكفي اداء المثل ، بل يجب اداء القيمة لقاعدة العدل بل وبناء العقلاء على ذلك كما قيل ولاحظ ذلك في الجواهر (ج٣٧/٩٩) ومصباح الفقاهة (ج٣/٣١٧) وهل يراعى في القيمة زمان الغصب ومكانه او ادنى القيم إلىٰ الزمان المتصل بزمان سقوطه عن المالية او اعلى القيم؟ فيه وجوه احتاط السيد السيستاني بالتصالح .

فرع ثان : لو لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل ذهب جمع منهم الشيخ الانصاري تَتُرُّ في مكاسبه إلىٰ وجوب الشراء وفصل السيد الخوئي تَتُرُّ بين ما كانت زيادةالقيمة من جهة الرواج فحكم بوجوب شرائه ، او من جهة مطالبة من عنده بالزيادة لعزته وقلته ، فيحكم بعدم وجوب الشراء[1] .

اما الاول : فلوجوب الضمان بالمثل بحكم الشارع، وهذا الحكم الوارد في مورد الضرر لا يرتفع بقاعدة نفي الضرر ، على ان نفي الضرر للامتنان ، ولا امتنان في رفع الضمان ، بل هو خلاف الامتنان على الامة .

واما في الفرض الثاني فلا يجب لقاعدة نفى الضرر ، فان الزام الضامن بزيادة القيمة الناشئة في الامور الخارجية دون حكم الشارع

---

(١) ويمكن ان يحلق بالجهة الثانية إرتفاع القيمة لأمر سياسي أو روحي في أيام قلائل .

بالضمان، ضرري يدفع بقاعدة نفي الضرر (ج٣١٩/٣ مصباح الفقاهة).

وقال (ﺗﻴﺌﺆ) ومن هنا اتضح لك انه إذا بقى المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن وتوقف رده إلىٰ مالكه على تضرر الضامن، لم يجب رده لنفى الضرر.

وقيل بوجوب شراء المثل في الصورة الثانية، وان كان الشراء بقيمة عالية على خصوص الغاصب، فان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال. وفيه ان هذه الكبرى غير ثابتة.

فرع ثالث: إذا تعذّر المثل وجب اداء القيمة مع مطالبة المالك لبناء العقلاء، لكن الظاهر وفاقا لصاحب الجواهر والسيد الخوئي ﺭﺣﻤﻬﻤﺎ وغيرهما عدم جواز اجبار الضامن المالك على قبول القيمة حينئذ، بل له الصبر حتى وجودالمثل، الا ان يكون الضامن مأيوسا من المثل مطلقا، فيجوز دفع القيمة خلافاً للسيد الاستاذ الخوئي (مصباح الفقاهة ج٣٢١/٣) وذلك لبناء العقلاء، فافهم.

ثم الظاهر تعين قيمة المثل يوم الاداء لا غيره كما اوضحه السيد الاستاذ (ج٣٢٠/٣) ولاحظ الجواهر ج٩٥/٣٧) في بلد المطالبة لا بلد الضمان ظاهراً (ص٣٢٣) حتى سقط العين عن المالية بالمرّة خلافا للاستاذ (٣٢٤) حيث قال بقيمة يوم سقوط المثل عن المالية، لكون المثل حينئذ كالتالف عند العرف، قلت: هذا يصح إذا كان سقوط المثل من المالية من غير رجوع أبدا. واما في مثل الجمد فلا، إذ بعد الشتاء يرجع ماليته فلا يسقط المثل الا حين الاداء بالقيمة. ولاحظ ج٤٣٥/٢ منهاج السيستاني.

فرع رابع: قال في الجواهر ٩٨/٣٧: لو اتلف الغاصب مثلياً وظفر

المالك به في غير مكان الإتلاف فعن ابن ادريس أن له الزامه به في ذلك المكان وان كان هو اعلى قيمة من مكان الغصب وكان حمله يحتاج إلى مؤنة، قال: لانه يقتضيه عدل الاسلام والادلة واصول المذهب. ووافقه جمع لان وجوب رد المظلمة فوري، خلافاً للشيخ في مبسوطه انه إذا اختلفت القيمة، فللمالك قيمته في بلد الغصب أو ليصبر. ونوقش بمنافاته لفورية الحق، وبأن تأخير الاداء ورد المظلمة ضرر على المالك والضرر لا يزال بالضرر والغاصب هنا ادخله على نفسه مضافاًإلى انه يؤخذ باشق الاحوال[1]. واطلاق ما دل على وجوب رد المظلمة (ب٧٨ من أبواب جهاد النفس من جهاد الوسائل)[2] وعلى تسلط المظلوم على استيفائها، متى تمكن منها (ئل ب٢٩ من أبواب المعروف والبحار ج ١٧/٧٥ كما قيل.

والغرض ان الثابت في ذمته المثل. ودعوى اعتبار المكان في مثليته واضحة المنع لغة وعرفا وشرعا. نعم يتجه ـ بناء على ذلك ـ انه ليس للمالك الامتناع لو بذله الظالم في غير بلد الظلم وان اقتضى ضررا على المالك لقلّة القيمة مثلاً. وان تردد في جامع المقاصد ولم يرجّح. (الجواهر ٩٩/٣٧).

قلت لا ملازمة بين وجوب الدفع بعد مطالبة المالك في غير بلد الاتلاف وبين لزوم القبول على المالك لو بذله الضامن في غير مكان الظلم إذا كان له ضرر والا ففيه وجهان.

فرع خامس: لو تمكن الغاصب بعد دفع القيمة عن دفع المثل، فان

---

(١) لا دليل عليه كما سبق.

(٢) كصحيح الحذاء ويؤيده غيره من روايات الباب ج١٦/٥٢ و٥٣.

كان دفع القيمة بمطالبة المالك ورضاه ، فالظاهر عدم عود المثل في الذمة ، إذ الساقط لا يعود ، وان كان بمطالبة الضامن ولا بدية المالك ورضاه من جهة عدم التمكن من المثل ، كذلك ، إذ بعد قبض المالك سقط ما في ذمة الضامن ، ولا دليل على عوده بعد سقوطه . (مصباح الفقاهة ج٣/٣٢٥) .

اقول : لكن الظاهر إذا اخذها بعنوان بدل الحيلولة هو عود المثل في ذمة الغاصب ولكل منهما استرجاع حقه من المثل والقيمة . فلاحظ .

٥ ـ ضمان القيمي التالف بالقيمة

قد حكى عليه الاتفاق ، وليس فيالادلة اللفظية ما يثبته . الا في الحيوان كما في صحيحة ابي ولاد لكنها غير دالة على الحصر ، والا في المملوك[1] وإلا في الرهن كما يأتي بحثه . فلا يبعد القول بالمثل مطلقاً إلّا ما دل عليه الدليل الحاصر ومع فقد الحصر فالقول بالتخيير بين القيمة والمثل في القيمي ، فلاحظ وإلا فيما لم يوجد له مثل في أوصافه النوعية والصنفية التي لها مدخلية في المالية والرغبات . كما انه لم يصح سندا ما دل على ضمان القيمي بالمثل . (لاحظ روايتى الصباح واسحاق في الوسائل ب٢١ من أبواب الدين) .

ودعوى ان المرتكز في اذهان العقلاء ضمان القيمي بالقيمة كما في كلام السيد الاستاذ (ج٣/٣٢٩) غير ثابتة .

٦ ـ ما هو الملاك في تعيين القيمة في القيمى؟

للفقهاء في تعيين قيمة المقبوض بالعقد الفاسد إذا كان قيميا اقوال :

---

(١) لاحظ الروايات الواردة في المملوك في هامش ج٣/٣٢٩ مصباح الفقيه .

١ ـ أن العبرة في ذلك بقيمة يوم القبض لصحيحة أبي ولّاد.

٢ ـ انها بقيمة يوم التلف، وقيل انه مذهب الاكثر، ودليله ان انتقال الضمان إلىٰ البدل (اي القيمة) يوم التلف وقبله يجب عليه رد العين فقط.

٣ ـ انها بقيمة يوم الاداء كما عن صاحب العروة في تعليقته على المكاسب، ودليله ان الذمة مشغولة بنفس العين إلىٰ حال الاداء، إذ هو المستفاد من ادلة الضمان، والتعذر لا ينافي ذلك، لعدم اناطة الاحكام الوضعية بالقدرة، واعطاء البدل انما هو من باب الوفاء كما في تعذر المثل في المثلى ودفع البدل من غير الجنس.

ويمكن ان يستدل عليه ايضاً بما مر منا من أن الاصل في الضمان هو ضمان المثل فالانتقال إلىٰ القيمة إنما يكون وقت الاداء.

٤ ـ انها باعلى القيم من يوم القبض إلىٰ يوم الاداء لوجوه غير قوية مذكورة في الجواهر (ج٣٧/١٠٣) ومصباح الفقاهة.

يقول السيد الاستاذ الخوئي ﷺ: مقتضى القاعدة هو القول الثاني، فان الانتقال إلىٰ القيمة هو يوم التلف[١].

والاظهر هو القول الاول لصحيحة ابي ولّاد (الكافي ج٥/٢٩١) قال الراوي:

فقلت ارأيت لو عطب البغل ونفق، أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل ـ البغل ـ الوافي وبعض نسخ التهذيب[٢] ـ يوم خالفته. قلت: ان

---

(١) وفي الجواهر (ج٣٧/٩٩): وأخذُه باشق الاحوال انما هو في رد العين المغصوبة لا المثل لعدم الدليل، بل الاصول تقتضى خلافه. ولاحظ ص ١٠٤ منه ايضاً.

(٢) ظاهر جامع الاحاديث (ج٢١/٨٤) عدم دخول اللام المحلّى على كلمة بغل مطلقا

اصاب البغل كسر ...

لكن في الرواية فقرتان ربما تدلان على ان العبرة بغير يوم الغصب والمخالفة اوليها: (فان اصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟ فقال: عليك قيمة ما بين ا لصحة والعيب يوم ترده عليه) ورُدّ بان مقتضاها استقرار الضمان على الغاصب في زمان الرد وهو واضح البطلان، لان ضمان المغصوب يستقر على الغاصب يوم الرد من غير تعرض فيها لبيان أن هذا التفاوت هل يلاحظ من يوم الغصب أم من يوم التلف او من يوم الرد، وعليه فليكن تعيين ان العبرة بقيمة يوم الغصب قرينة على المراد وانه من يوم الغصب.

ومع الغض عن الجميع مفاد الرواية ان العبرة بالضمان بقيمة يوم الغصب في القيمي. واما الارش بين الصحيح والمعيب فهو بحسب يوم الاداء ولا منافاة بينهما.

وفي الجواهر (١٠٢/٣٧) ان الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب المحشاة: ترد الارش عليه مع البغل. وليس فيها كلمة (يوم) ومعناه: أنك ترد الأرش عليه مع البغل.

ثانيتها قوله عليه السلام: أو يأتي صاحب البغل بشهود ويشهدون أن قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فلو كانت العبرة بيوم القبض لم يذكر عليه السلام وقت الكري.

وجوابه ان الوقتين ـ يوم المخالفة والكرى ـ بمقتضى ظاهر الحال واحد، فان الفاصلة بين بلدة الكوفة وقرب القنطرة قصيرة، ومن العادة اكتراء الدابة صبيحة يوم السفر او ليلته فلا يتفاوت القيمة في هذه المدة

والا لنقلها ولو من نسخة كما هو عادته.

اليسيرة. وهناك مناقشات أخرى في حواشي المكاسب.

نعم هناك روايات في كتاب الرهن (ئل ج١٨/٣٩٠) تدل على أن الضمان بقيمة يوم التلف ولكن مقتضى معتبرة ابان بن عثمان (ئل ج١٨/٣٨٢) الجمع بينهما بحمل المثبتة على الاتلاف. والنافية على التلف.

فيثبت الضمان بقيمة يوم اتلاف الرهن وهو يوم الغصب فتتفق مع صحيحة أبي ولاد.

فرع: يعتبر قيمة القيمي التالف بقيمة يوم الغصب وبقيمة مكان الغصب كما اوضحه السيد الخوئي ﷺ (ج٣/٣٥٢)واما الشيخ الانصاري فحيث يرى قيمة وقت التلف، اعتبر مكان التلف دون مكان الغصب.

ولاحظ تفصيل بقية الاقوال واجوبتها في المطولات كالجواهر والمكاسب وحواشيها منها مصباح الفقاهة.

فائدة: في الجواهر (ج٣٧/١٠٧) ان محل الخلاف ـ كما صرح به غير واحد ـ (في اعلى القيم) ما إذا كان نقصان القيمة مستندا إلى السوق. أما إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثم تلفت، فان الاعلى مضمون اجماعاً، كما في المسالك والروضة، ولو على معنى ضمان أرش النقصان وقيمة العين حال التلف والله العالم.

٧ ـ ارش الحيوان

في الشرائع والجواهر (٣٧/١١٢): ولو كان المغصوب دابته فجنى عليها الغاصب او غيره (بما لا مقدر فيه في الانسان) او عابت من قبل الله

سبحانه ردّها مع ارش النقصان (بلا خلاف أجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه، مضافا إلى عموم الادلة وخصوص صحيح أبي ولّاد السابق) (ئل كتاب الغصب ب٧). (وكذا لو كان ذلك مما له مقدر في الانسان منها، إذ لا تقدير في قيمة شيء من اعضاء الدابة، بل يرجع إلى الارش السوقي، بلا فرق بين الماكول وغيره خلافاً للعامة في بعضها ص١١٣).

اقول: لكن في صحيح محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام ان عليا قضى في عين دابة بربع ثمنها أي قيمتها (باب ٤٧ من ديات الاعضاء ئل) وقريب منه رواية أبي العباس وصحيح ابن أذينة وصحيح اخر لمحمد بن قيس عن الباقر عليه السلام (كا ج ٣٦٧/٧). والفقيه ج١٢٧/٤ ب نوادر الديات) لكن المشهور لم يلتزموا بها. نعم حكى الشيخ عن الاصحاب في عين الدابة نصف القيمة. وفي العينيين كمال قيمتها وكذا كل ما في البدن منه اثنان ولم توجد روايته على ذلك رغم تصريحه بها. بل قال دليلنا اجماع الفرقة واخبارها! (١١٥/٣٧ من الجواهر) والاحوط العمل بالروايات المتقدمة في خصوص عين الدابة وفي غيرها يرجع إلى الارش السوقي وفاقاً للمشهور.

٨ ـ بدل الحيلولة

يجب رد مال الغير اليه، وإذا تلف يجب رد عوضه مثلا أو قيمة. كما سبق. وان تعذر رده ـ كما لو سرق او غرق او ضاع أو ابق ـ يجب على الضامن رد بدل الحيلولة مثلاً أو قيمة. واستدلوا له بوجوه ناقشها سيدنا

الاستاذ الخوئي في درسه[١] ولعل عمدتها قاعدة نفي الضرر بناء على شمولها للاحكام العدمية ايضاً. اي إذا توجه ضرر على المكلف من عدم حكم الشارع به، فالقاعدة المذكورة تقتضي جعله، كما (بما يظهر من الشيخ الانصاري رحمه الله و صاحب الجواهر. وقد اشرنا اليه في بحث القسم السادس من الضمان.

وانا لا انكر هذا القول ولا اجزم به، ولكن يمكن اثبات وجوب بدل لحيلولة بقاعدة العدل على ما قررناها في كتابنا الارض في الفقه (ص١٤٣) ويمكن ان نستدل ايضاً عليه باطلاق صحيح الحلبي: في الصائغ والقصار ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه على امر بين انه قد سرق، فكل قليل او كثير فهو ضامن وان فعل...[٢].

ولمكاتبة الصفار: كتبت إلى ابي محمد، رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت، فهل يجب عليه إذا خالف امره واخرجها من ملكه؟ فوقّع عليه السلام: هو ضامن لها ان شاء الله.

ومثلها رواية علي بن محمد بن محبوب عن الفقيه (ج٢٣/٥٩٠ من جامع الاحاديث). وكلاهما معتبر سندا. وبرواية ابان عن الباقر عليه السلام: سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق؟ فقال إذا كان امينا فلا غرم عليه.

مفهوم الرواية المعتبرة يدل باطلاقها على المقام. (ئل ج١٩/٩٣) ولاحظ بقية الروايات هناك.

---

(١) مصباح الفقاهة ج٣/٣٥٦ وما بعدها.

(٢) جامع الاحاديث ج٢٣/٥٨٨.

٩ ـ توضيح وتقسيم

واعلم ان العين قد تتلف حقيقة كطعام يؤكل وحيوان يفترس أو يهلك، وقد يتعذر ايصاله إلىٰ مالكه ويحصل اليأس منه، بل قد يقطع بعدم التمكن من رده، وربما يعلم بعدم حصوله إلا بعد سنوات كثيرة، وهذان الصورتان يلحقان بالتلف عرفا وقد يشك في حصوله عاجلاً وآجلا او يعلم بحصوله بعد مدة غير كثيرة فيكون الفرض من بدل الحيلولة.

قال السيد الاستاذ الخوئي ﷺ: ثم انك قد عرفت انه على القول بثبوت بدل الحيلولة فانه لا يثبت الا في الموارد التي يتعذر الوصول إلىٰ العين بحيث لا يتمكن من الانتفاع بها، وهذا لا يجري في صورة امتزاج العين بعين اخرى ضرروة امكان الانتفاع بها، غاية الامر كون العين الممتزجة مشتركة بين المالكين، وعليه فيحب اعطاء الارش للمالك، لان الشركة عيب في العين المغصوبة (مصباح الفقاهة ٣٨١/٣) وسيدنا الاستاذ حيث انكر بدل الحيلولة، قال: ان مقتضى القاعدة ثبوت العين في ذمة الضامن إلىٰ زمان التمكن من ادائها وليس للمالك إلّا مطالبة أجرة العين مدة الحيلولة من الغاصب .إلّا إذا رضيا بالبدل فيتحقق المعاوضة الشرعية بين البدل والمبدل فيكون المدفوع بدلا حقيقاً (٣٦٨/٣).

١٠ ـ فروع بدل الحيلولة وغيرها

أوّلها: في التّلف الحقيقي وما بحكمه يجوز لكل من المالك والضامن اجبار الآخر، فالمالك يجبر الضامن باداء البدل. والضامن يجبر

المالك بأخذه. وفي بدل الحيلولة يجوز اجبار الضامن ولا يجوز اجبار المالك، إذ له ان لا يأخذ البدل وان يصبر وينتظر ردّ العين.

ثانيها: مقتضى قاعدة العدل عدم ملكية الضامن ـ بعد دفع بدل الحيلولة ـ للعين الضائعة، بل انها لا تقتضي مليكة المالك للبدل، والمتيقن أنه مباح له، نعم إذا تصرف فيه تصرفا موقوفاً على الملك يمكن ان تقول بدخوله في ملكه قبل التصرف آناما، جمعا بين القولين، كما في المعاطاة على القول بكونها مفيدة للاباحة، وهذا القول نقل عن المحقق القمي ﷺ في اجوبة مسائله (ولعلّها جامع الشتات) فما عن المشهور من ملكية المالك لبدل الحيلولة دون ملكية الضامن للمبدل منه يشكل قبوله.

وما في مكاسب الشيخ ﷺ: فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه ودخول العين في ملكه، وليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض والمعوض ص ١١٢.

مجرد توجيه لنظر المشهور وليس له اساس صحيح.

واحتمل الشهيد الثاني امرا آخر وقال: ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا وتملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين، وان جاز له التصرف كان وجهاً في المسألة واستحسنه في الكفاية ١١٢.

اقول: مقتضى اطلاق الروايات المتقدمة مليكة صاحب العين للبدل كما عن المشهور، ولا دليل فيها على ملكية الضامن للعين، إلّا ان يفهم ذلك لاجل المعاوضة القهرية بمعونة فهم العرف، فيثبت ما احتمله الشهيد الثاني من الملكية المتزلزلة.

ثالثها: ذكر السيد الخوئي ﷺ في المقام اربعة فروع[1]:

فمنها انه إذا توضأ احد غفلة بماء مغصوب او مقبوض بعقد فاسد، والتفت قبل المسح فان قلنا بدخول الماء في ملك الضامن بعد اداء بدله، يصح المسح بما بقى من رطوبة يده ويصح وضوؤه، وبناء على عدم دخول الماء في ملك الضامن لا يصح مسحه بتلك الرطوبة مع امكان انتفاع المالك بالرطوبة الباقية. واما إذا فرض ان الماء المستعمل في الوضوء يعد من التالف عرفا جاز المسح بالرطوبة مطلقا.

اقول: الظاهر هو صحة وجه الاخير غالباً. نعم في المقام اشكال آخر، وهو احتمال أن حرمة التصرف في مال الآخر الواقعية تكشف عن المبغوضية المنافية لصلاحية التقرب بالوضوء المذكور إلى المولى، فيكون الوضوء باطلا رأسا. وغفلة المكلف عن المبغوضية الواقعية لا تصحح المقربية. واعتبار القاهرية والدوران في الغصب، انما هو بلحاظ الضمان، فتأمّل.

ومنها: انه إذا غصب أحد خمرا محترمة لغيره او غصب دابة، فماتت وانقلبت الخمر خلا، فانه على القول بوقوع المعاوضة القهرية بين البدل والمبدل كان الخل والميتة للضامن بعد اداء البدل، والا فهما للمضمون له.

اقول: بدل الدابةالميتة. ليس من بدل الحيلولة ولا وجه لذكره في المقام واما الخمر فان قلنا بالارش فالخل لمالك الخمر، وان قلنا بانها تالفة فهي للضامن والبدل بدل التلف أو الاتلاف لا بدل حيلولة. إلّا اذا امكن عود الخل خمراً، على ما يأتي من الشيخ الأنصاري ﷺ عن قريب.

وقال الشيخ الانصاري بان حق الاختصاص بعد سقوط العين

---

(١) مصباح الفقاهة ج٣/٣٦٧.

المغصوبة عن المالية للمالك بلا اشكال قبل اداء بدلها ، وانما الاشكال بعد اداء البدل . ويقول الشيخ بانه ايضاً للمالك ، دون الضامن المؤدي بدله .

وأيد نظره بانه لو صار الخل المغصوب خمراً ثم انقلبت الخمر خلّا لوجب ردّه إلىٰ مالكه بلا خلاف في ذلك (المصباح ٣٧٨/٣) .

اقول : ان ثبت ذلك فيحتمل انه لاجل الاجماع تعبدا ، وان لم يثبت فيمكن القول بكونه للضامن المذكور ، وأما ما اجابه النائيني فهو ضعيف كما نبه عليه السيد الخوئي ﷺ ولاحظ الجواهر (١٤٢/٣٧) .

ومنها : انه إذا خاط احد ثوبه بخيوط مغصوبة ، فانه على القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب بعد اداء البدل جازت له الصلاة فيه وإلّا فلا .

اقول إذا امكن رد الخيوط سالمة كما إذا خاطه باليد ردها بعينها ولا مجال للبدل وان لم يمكن ردها فهي بمنزلة التالفة وبعد اداء مثلها يملكه الضامن ، وليس هنا مورد لبدل الحيلولة الا من باب الاتفاق في بعض الموارد لكن رد مثلها يكفى لسقوط حق المالك على الارجح كما مر .

ومنها : إذا خلط الدهن المغصوب بطعام أحد ، فانه بناء على دخول المبدل في ملك الغاصب بعد رد بدله جاز له التصرف في ذلك الطعام والا فلا يجوز التصرف فيه الا برضى مالك الدهن .

اقول ما ذكره السيد الاستاذ غير قوي والاظهر ان الدهن ان عدّ تالفاً بنظر العرف يجب بدل الاتلاف مثلاً أو قيمة ، وان لم يعد تالفا فالطعام مشترك : لا يجوز التصرف فيه الا برضاهما ، فان تراضيا علىٰ امره فهو والا فيحكم الحاكم بينهما حتى لا يفسد الطعام ، وإذا توجه على الدهن نقصا من

جهة الشركة فهو على الغاصب، ولعل احتمال الشركة اقوى فلاحظ المسأله الثانية في اللواحق.

٤ ـ يقول الشيخ النصاري ﷺ: ان مقتضى صدق الغرامة على المدفوع، خروج الغارم عن عهدة العين وضمانهما، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أكان للسوق أو للزيادة المتصلة بل المنفصلة، كالثمرة، ولا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. وعن العلامة وبعض آخر ضمان المنافع على مؤدي البدل.

ويقول السيد الاستاذ: أن المأخوذ بعنوان الغرامة، ان كان بدلاً عن العين المتعذرة ـ كما يقتضيه دليل ضمان اليد ـ فلا شبهة في انقطاع علاقة المالك عن العين وصيرورتها ملكاً للضامن بجميع شوؤنها حتى النماءات المنفصلة فضلاً عن زيادة القيمة السوقية، وان كان المأخوذ بدلاً عن السلطة الفائتة دون العين، فهو يناقض الحكم بعدم ضمان المنافع الفائتة بعد دفع الغرامة[١].

أقول: المتيقن من قاعدة العدل هو الثاني، والمستفاد من الروايات المتقدمة المستدل بها لبدل الحيلولة بضميمة فهم العرف، هو الملكية المتزلزلة للطرفين. ولعل مقتضاها عدم الضمان في البدل والمبدل منه، كما ذكره الشيخ فلاحظ.

واعلم أن بدل التلف يوجب رفع ضمان القابض قطعا واتفاقاً ورد بدل الحيلولة كذلك على تفصيل عرفته وبرفعه قال المحقق (ج ١٣٩/٣٧) خلافا لصاحب الجواهر وجامع المقاصد، حيث قالا بالضمان في بدل

---

(١) مصباح الفقاهة ج ٣٧٠/٣ و٣٧١.

الحيلولة .

٥ ـ المناط في ثبوت بدل الحيلولة انما هو عدم تمكن الغاصب من رد العين على مالكها سواء أكان (المالك) بنفسه متمكنا من ذلك أم لا كما نبه عليه السيد الاستاذ الخوئي أيضا (ج ٣٨١/٣) .

٦ ـ لو كان لبدل الحيلولة نماء كان للمغصوب منه ، كما ان نماء المبدل للغاصب أو القابض ، نعم إذا امكن رد العين ترد مع نمائها ولو منفصلا ، لان الملكية كما عرفته متزلزلة ، لكن إذا استوفى أحد الطرفين منفعة العين ونمائها المنفصل يصح القول بتقاص الاخر ، وأما النماء المتصل كالسمن فهو تابع للعين .

ولاحظ منهاج السيد السيستاني في ج ٢٣٧/٢ ولاحظ مكاسب الشيخ الانصاري عليه الرحمة والرضوان ص ١١١ وص ١١٢ وص ١١٣ اذ هو تعرض لبدل الحيلولة مفصلاً .

٧ ـ يثبت على الغاصب اجرة العين ايضا ان كان لها اجرة في العادة ، من حين الغصب إلى حين دفع العين أو البدل . وفي الجواهر (١٣٨/٣٧) بلا خلاف ولا اشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه . لكن تقدم أن المضمون المنافع المستوفاة والمفوتة دون المنافع الفائتة لقصور الدليل على تردد ما كما مرّ، خلافا لصاحب الجواهر حيث ادعى الاجماع بقسميه على عدم الفرق في المنافع بين المفوتة والفائتة ص ١٣٧ ، لكنه مشكل .

وقيد العادة ، لاجل عدم الضمان في غير ما جرت العادة بايجار العين ، كالشاة فلا يضمن الغاصب اجرتها لعدم صدق الاتلاف والتفويت ، خلافاً لبعضهم .

فرع: ولو تعددت المنافع فان تساوت ضمن احدها وان تفاوتت ضمن اجرة العليا لصدق تفويتها.

٨ ـ لو غصب شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما، إذ انفرد عن صاحبه، كالخفين اللذين قيمتهما مجتمعين مثلاً عشرة، وقيمة كل منفرداً ثلاثة فتلف احدهما، ضمن التالف بقيمته مجتمعاً وهو خمسة ورد الباقي، وما نقص من قيمته بالانفراد وهو اثنان، بلا خلاف يجده صاحب الجواهر في شيء من ذلك، ولا إشكال لضمان الغاصب كل نفص يكون في يده على المغصوب، من حيث الاجتماع والانفراد اللذين فرض مدخليتهما في القيمة (ج ١٤٠/٣٧).

اقول: إذافرض خروج الخف الباقي بانفراده عن الاستفادة لعدم وجود آخر يلبس معه وانه لا يباع الخفان في السوق الا معاً فلا يبعد ضمانه بمجموع الخفين وتعلق الخف الباقي بالضامن.

وأما لو تصرف في أحد الخفين مثلاً يساويان مثلاً عشرة، فاتلفه أو تلف في يده وابقى الآخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته مجتمعاً بسبب الانفراد، رد قيمة التالف لو كان منضماً إلى صاحبه، بلا خلاف كما في الجواهر (١٤١/٣٧) وامّا ضمانه ما نقص من قيمة الآخر فهو مورد خلاف، تردد المحقق فيه في الشرائع والعلامة في محكي التحرير. وجه الضمان التسبب كحبس المالك عن ماشيته كما عن جمع، ووجه عدمه انه لم يدخل تحت يده كي يكون مضموناً كالفرض السابق، اختاره صاحب الجواهر، لان قاعدة التسبب غير تامة عنده باطلاقها، والنصوص لا تشتمل المقام، والاصل البراءة، قال: فعلى الأوّل المضمون سبعة وعلى الثاني خمسة.

واحتمل ضمان ثلاثة ثم دفعه.

أقول: ويحتمل ضمان عشرة كاملة فان الخف الباقي في يد المالك صار بمنزلة التالف أتلفه المتصرف بالتسبب فلاحظ. ويؤكده قاعدة العدل.

٩ ـ لو غصب ماكولا فاطعمه مالكه، سواء أمره بالاكل أو قدمه إليه الغاصب بحيث يتحقق الغرور أو غصب شاة فاستدعىٰ مالكها لذبحها فذبحها جهلاً بالحال، فمن الغاصب.

ولا اشكال فيه وان كان المالك مباشراً للاتلاف وتسلم المال، لكنه ليس تسلماً تاماً يتصرف فيه كتصرف الملاك في ملكهم، فالمباشرة ضعيفة بالغرور المانع، لإستتباع الضمأن المقتضي لعدم غرم الغاصب، وحينئذ فالسبب أقوىٰ في الاتلاف الموجب للضمان، بل هو المستقر عليه لعدم تعقل ضمان المالك لماله. وان قلنا بضمان المغرور في غير المقام، وكأنه لا يوجد بينهم خلاف فيه[1].(١٤٤/٣٧)

١٠ ـ ان اطعمه الغاصب غير المالك يغرّم المالك أيّهما شاء عند جمع، لكن الغاصب لا يرجع علىٰ الأكل المغرور ويرجع هو عليه أن غرمه المالك، لضعف المباشرة وقوة السببب.

١١ ـ لو غصب فحلاً فأنزاه علىٰ الانثىٰ، كان الولد لصاحب الانثىٰ، وان كانت للغاصب كما عن جمع. وعن جامع المقاصد الاجماع عليه علىٰ الظاهر.

---

(١) واعلم أنّ في المقام فروض أخرىٰ، وهي مسطورة في الجواهر (١٤٣/٣٧): وكذا لو اودعه المالك أو آجره اياه أو اعاره اياه عارية غير مضمونة.... إلىٰ آخر كلامه، ومراجعتها مفيدة.

وفي الجواهر (١٤٦/٣٧): بل يمكن تحصيل القطع به من السيرة المستمرة في سائر الاعصار والامصار علىٰ تبعية الولد ـ في غير الانسان ـ للانثىٰ... فلا يقاس بقولهم الزرع للزارع.

١٢ ـ لو غصب ماله أجرة ويقىٰ في يده حتى نقص كالثوب يخلق والدابة تهزل، لزمه الاجرة والأرش ولم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن بلا خلاف ولا اشكال في الاخير..

أما الاول وهو الذي حصل نقصه باستعماله، فهو الذي صرّح به جمع بل لم يجد صاحب الجواهر فيه خلافاً لاصالة عدم تداخل الاسباب، اذ فوات الاجزاء في يد الغاصب سبب لضمانها والانتفاع سببب آخر لضمان الأجرة فلا يتداخلان كالأول (كالأخير ـ ظ) وعن القواعد والدروس احتمال وجوب الاكثر عن الارش والأجرة ولاحظ بقية الكلام في الجواهر ١٤٧/٣٧ و١٤٨.

١٣ ـ لو أغلىٰ الزيت ـ مثلاً ـ فنقص وزنه ضمن النقصان وان لم تنقص القيمة بلا خلاف أجده بين الخاصة والعامة، بل وان زادت قيمته علىٰ ما قبل الغليان لانه مثلي يضمن بمثله، وعمله الذي زاد الواقع تبرعا لا يقوم مقام ذلك خلافاً للمسالك كما في الجواهر[1].

وفيه أيضا: وان نقصت قميته دون عينه رده مع ارش النقصان الذي هو مضمون عليه بالغصب[2] وان نقصا معاً رد مثل الناقص مع الباقي، إلّا إذا كان ما نقص من القيمة اكثر مما نقص من العين، فيلزمه مع مثل الذاهب

(١) وفي المنجد: وتطلق كلمة الزيت علىٰ مواد عديدة كلها سائلة محترقة، تستخرج من النباتات والحيوانات وتستعمل لمقاصد كالأكل والاضاءة والتصليب.

(٢) ويجري الحكم في النقود الرائجة بطريق اولىٰ، لكن كلام الجواهر محتاج إلىٰ تأمل، فانا لا نقول بضمان المنافع الفائتة، او نتوقف فيه.

ارش نقصان الباقي ، لان الفرض عدم عود القيمة بعود الكمية الاولىٰ .

وعن الشيخ ﵀ في محكي مبسوطه : ولو أغلىٰ عصيرا فنقص وزنه لا يلزمه ضمان النقيصة لانها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة لها ، إذ النار تعقد اجزاء العصير ، ولذا تزيد حلاوته بخلاف الاولىٰ (أي الزيت) لكن المتأخرّين علىٰ خلافه ، لان الواقع نفص محسوس في العين فيجب بدله ، مع منع كون الذاهب اجزاء خاصة ، بخلاف الزيت ، وان تفاوتا بالقلة والكثرة .

اقول : لابد من مراجعة علماء الفيزياء فان صدقوا قول الشيخ فهو المعتمد والا فقول المتأخرّين ، وعلى الاول لا يضمن المغلي سوى اجرة خلطه بالماء ثانياً وسوى نفس الماء[١] .

ولا بد من رجوع الفقهاء في تشخيص الموضوع بصورة علمية إلىٰ العلوم التجريبية في جملة من المورد على ما اشرنا إليه في كتابنا الفقه ومسائل طبية. وليس لهم الرجوع الى الاصول العملية وهم جالسون في بيوتهم.

---

(١) لاحظ الفرع الثالث من المسألة الثالثة .

في اللواحق

المسألة الاولىٰ : إذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب أو غيره فيه لصنعة اقتضت تلك الزيادة : فان كانت تلك أثراً محضاً لا عينا كتعليم الصنعة وخياطة الثوب بخيوط المالك ونسج الغزل وطحن الطعام وصياغة النقرة ، ردّه ولا شيء له لعدم احترام العمل بغير اذن المالك . وفي الجواهر : بلا خلاف ولا اشكال ، فلو اتلفها أو تلفت في يده كان ضامناً[١] .

أقول : لابد من قيد التالف بتفويت الضامن كما مر مع تردد فيه. ثم الظاهر ان النقوش والكتابة علىٰ الذهب ـ مثلاً ـ من الأثر عرفاً . وأمّا إذا كانت عادة الكتابة من الغاصب فهي من العين ويأتي حكمها .

وان نقصت المغصوب بشيء من ذلك ضمن الارش ، فان يد الغاصب يد ضمان . وأما إذا أمكن رده إلىٰ الحالة الاولىٰ يجب إن لم يرض المالك بالحالة الحادثة ، وإلّا فلا يجوز رده بحالته الاولي ، لأنّه تصرف محرّم في مال الغير .

وفي الجواهر (١٥٢/٣٧) : وإن الزمه الرد إلىٰ الحالة الاولىٰ لزمه ذلك مع ارش النقص عما كان قبل تلك الزيادة .

اقول : مراده ارش نقص أصل المادة دون زوال الزيادة بتلك الصنعة بعد الامر له بالرد المقتضى لإتلافها كما عن العلامة والشهيد ، وهو أقوىٰ .

وفيه أيضاً : ولا يجبر علىٰ رفاء الثوب الذي شقه وإصلاح الاناء

---

(١) يأتي ما يتعلق به في ذيل المسألة الثالثة .

الذي كسره مع الأرش بعد ذلك، للاصل ولأنّه لا يعود إلىٰ ما كان بذلك، بل يضمن الارش خاصة.

وان كانت الزيادة عيناً محضة كالفرس ونحوه، كان له أخذها وإعادة المغصوبْ إلىٰ مالكه مع الارش ان نقص.

وان لم تكن محضة أي كانت غير محضة كما لو صبغ الثوب المغصوب يمكن فصله كان له ازالة الصبغ بشرط ضمان الأرش ان نقص الثوب. وأن لم يأذن المالك بل وان منع كما عن جمع منهم صاحب الجواهر (١٥٣) بل نسب إلىٰ المشهور خلافاً لولد العلّامة وأبيه وغيره، فقالوا بعدم جواز القلع بدون اذن المالك ووجوب قبوله القيمة المدفوعة من قبل المالك.

(وللكلام تتمة مذكورة في الجواهر من ص ١٥٥ إلىٰ ص ١٥٨ ودعوىٰ انه كما...)

ثم مع عدم امكان الفصل أو امكانه والتراضي بالشركة يشتركان، ولها احكام مذكورة في الجواهر من ص ١٥٨ إلىٰ ١٦٠ ج ٣٧.

المسألة الثانية: إذا غصب دهناً فخلطه بمثله ذاتاً ووصفاً فهما شريكان حقيقة علىٰ وجه يملك كل منهما في مال الآخر أو حكما كما عن الاكثر، لاحظ الجواهر ج ٢٩٥/٢٦. وعن الحلي في محكي غصب السرائر إن مال المالك كالمستهلك ان شاء الغاصب اعطاه من دهنه المخلوط، وان شاء اعطاه من غيره مثل دهنه، وهو ضعيف كما في الجواهر ١٦١/٣٧ وللمقام تفاصيل مذكورة في الجواهر.

وأمّا لو خلط بغير جنسه لكان مستهلكاً وضمن المثل، كما عن جمع، بل في الجواهر ص ١٦٥: لا أجد فيه خلافاً لأنّه تالف لبطلان فائدته وخاصيته بخلاف الجيد مع الردي المتفقين في الجنس، وعن العلّامة احتمال الشركة قوياً كما لو مزّجاه برضاهما أو امتزجا بانفسهما، وفي المسالك: له وجه وفي الجواهر الميل إليه لكن بمعنىٰ الشركة في الثمن ولا بأس به فلاحظ تفصيله في ص ١٦٦.

المسألة الثالثة: لا خلاف في أنّ فوائد المغصوب مضمونة بالغصب وهي مملوكة للمغصوب منه، لانها نماء ملكه، وفي الجواهر والشرائع، وان كان قد تجددت في يد الغاصب اعياناً كانت كاللبن والشعر والولد والثمر أو منافع كسكنىٰ الدار وركوب الدابة، بل الاجماع بقسميه عليه، بل وعلىٰ عدم الفرق أيضاً في المنافع بين الفوات والتفويت ص ١٦٧.

اقول: وقد مر التردد في غير التفويت.

وكذا الكلام في منفعة كل ماله اجرة في العادة، فان المنافع اموال شرعاً وقبضها بقبض العين، وللمسألة تتمة في الجواهر ج ١٦٧/٣٧.

فروع:

١ ـ لو سمنت الدابة في يد الغاصب أو تعلم المملوك صنعةً أو علماً فزادت قيمته ضمن الغاصب تلك الزيادة كما في الجواهر (١٦٩).

أقول: يحتمل الفرق بين الزيادة الحاصلة بفعل الغاصب وبغير فعله

فلا يضمن في الاول فلاحظ.

٢ ـ لو زادت القيمة لزيادة صفة كانت في يد المالك أو تجددت عند الغاصب لا بفعله كما مر، ثم زالت تلك الصفة، ثم عادت بعينها وعادت القيمة بعودها، ففي ضمان قيمة الزيادة التالفة وعدمه اختلاف.

اختار الأول الشهيد الثاني في محكيّ مسالكه، لان السمن الثاني مثلاً غير الاول، والاول وقع مضموناً، والثاني تجدد هبة من الله تعالىٰ شأنه كالاوّل لو كان متجدداً فلا يحصل للغاصب بسببه شيء، وكذا عن الشهيد الأول.

واختار الثاني المحقق الأول في الشرائع وجمع، لأنّ التالفة انجبرت بالثانية فكأنها لم تزل وصدق الاداء لما أخذ، ولقاعدة نفي الضرر.

اقول: الاول احسن دقة والثاني أقرب عرفا. والله العالم.

وفي الجواهر (١٧٠/٣٧): على ان ملاحظتها مع الموجودة حال التلف غير معقولة ضرورة كونه بمنزلة ملاحظتها مرتين، اذ ليست هي الا صفة واحدة، والمتجددة ليست غيرها علىٰ وجه لو تضم معها، اللهم الا ان يراد ضم مقدار النقص السابق مع القيمة حال التلف، كما انه يدفعه مع العين لو ردّها.

وفصل صاحب الجواهر ص ١٧١ في المسألة بأن كل صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجددة وتزداد القيمة بذلك، هي لا تنجبر بالمتجددة، وكل صفة لا يمكن تقديره مع المتجددة أو امكن ولكن لا تزيد بها القيمة عن المتجددة، بل هي هي أو تنقص. لا تضمن وتنجبر بالثانية..

فالضمان متزلزل مراعىٰ كضمان الحيلولة وكضمان الصفة الذاهبة

المحتمل عودها بعينها كالتذكر بعد النسيان الذي لا اشكال في الانجبار فيه، بل لا يبعد أن يقال بكون التفاوت لو دفعه إليه متزلزلاً مراعي بعدم العود كالحيلولة، فلو رّد العبد الذي نسي الصنعة ودفع معه الارش، ثم تذكرها وهو في يد المالك ردّ إلىٰ الغاصب ما أخذه منه، لنفي الضرر.

أمّا لو تجددت صفة غيرها مثل أن سمنت فزادت قيمتها ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم تعلمت صنعة مثلاً، فزادت قيمتها ردها وما نقص بفوات الاول وفي الجواهر (١٧٣) بلا خلاف أجده بل الاجماع بقسميه عليه. بل لو تكرر النقصان وكان في كل مرة مغائراً بالنوع للناقص في المرّة الاخرىٰ ضمن الكل... وان لم تكن مغائرة بان كانت سورة واحدة أو حرفة واحدة علمها إياه مراراً وهو ينساها في كل مرّة لم يضمن إلّا أكثر المراتب نقصانا..

وقال (١٧٤): ولو زادت قيمة الجارية بتعلم صنعة محرّمة كالغناء ثم نسيته فقيل بعدم الضمان لحرمة الزيادة (وتبعه السيد السيستاني في منهاجه ج ٢٤٠/٢ في المسألة ٨٤١) وذهب صاحب الجواهر إلىٰ ضمانها، فان المنافع المحرمة كالغناء واللعب بآلات القمار غير زيادة القيمة بتعلم العلوم التي يحرم استعمالها كالسحر والموسيقى وغيرهما مما يزيد في القيمة معرفته وان لم يستعمله ولو لانّه قد يحتاج إليه علىٰ وجه لا حرمة فيه، وفي المسالك: ولهذا لو غصب عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته.

٣ ـ لا يضمن من الزيادة المتصلة مالم تزد به القيمة كالسمن المفرط في الحيوان الذي لا يراد فيه ذلك، إذا زال والقيمة علىٰ حالها أو زائدة، بلا خلاف ولا اشكال كما في الجواهر (١٧٥) اذ المعتبر من هذه الصفات ما له اثر في القيمة دون غيره.

المسالة الرابعة: يضمن المشتري ما قبضه بالبيع الفاسد وما يتجدد من منافعه لقاعدة اليد، - وبتعبير ادق عندنا بقاعدة الاستيلاء - وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وعلى كل هو كالعين المغصوبة في هذه الاحكام كما في الجواهر ايضا ١٧٦/٣٧.

وفي الشرائع: ان تلف في يده ضمن العين باعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه إن لم يكن مثلياً لأنه من المغصوب وناقشه في المسالك بانّه يتم على تفسير الغصب بكونه استيلاء على مال الغير بغير حق. واما لو اعتبرنا العدوان فيه كما عن الاكثر، لم يتم كونه غاصباً إلّا بتقدير علمه بالفساد وجهل البائع، وأمّا مع جهله أو جهلهما فليست يده يد عدوان. والوجه انّه يضمن القيمة يوم التلف ان لم نقل في الغاصب مطلقاً كذلك، والا كان الحكم فيه كذلك مطلقاً بطريق أولى.

واستدركه في الجواهر (آخر ص ١٧٦) بانه على تقدير العلم ليس بغاصب ايضا لما عرفت من انه القاهر غيره.

أقول: سبق أن ضمان الغاصب من يوم المخالفة لا غيره ولا فرق بينه وبين المشتري المذكور في الحكم ولا دليل على ضمانه باعلى القيم.

فرع: لو اشترى من الغاصب أحد ضمن العين والمنافع وللمالك الرجوع على أيّهما شاء، فان رجع على الغاصب بالبدل، رجع الغاصب على المشتري العالم الذي استقر الضمان عليه في يده لعدم الغرور. وان رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب لما عرفت، وفي الجواهر

(١٧٨/٣٧) بل لا رجوع للمشتري على الغاصب مع علمه حتى بالثمن مع تلفه اجماعاً عقوبة له، بل في المسالك ان الاشهر عدم الرجوع به مع وجود عينه، بل ادعى عليه في التذكرة الاجماع!

أقول: الحكم خلاف سيرة العقلاء، ومثل هذه الاجماعات لا قيمة لها فله الرجوع، وهو المنقول عن المحقق في بعض رسائله خلافاً لشرائعه، وعن الروضة ان الواقع خلاف الاجماع المزبور، وفي الجواهر: ولا ريب في قوته من حيث القواعد، فلا فرق في جواز رجوع المشتري على الغاصب بثمنه، بين علمه وجهله بالحال وبين بقاء الثمن وتلفه على الاظهر، فيأخذ ثمنه أو بدله.

فرع: على القول الاشهر في المسألة السابقة، إذا كان المشتري جاهلاً بالغصب ورجع المالك عليه، فيرجع هو على البائع بما دفع من الثمن، فان كانت قيمة العين بقدر الثمن فهو، وان كانت ازيد ففي رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان مذكوران في الجواهر (١٧٩).

وقال المحقق في الشرائع: وللمالك مطالبته ـ أي المشتري الجاهل ـ بالدرك إمّا مثلاً وإمّا قيمة، ولا يرجع بذلك على الغاصب، لانّه قبض ذلك مضموناً، ولو طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب على المشتري (١٧٩/٣٧ و١٨٠).

وفي الجواهر: المشتري غير مغرور بالنسبة إلى ذلك ويده يد ضمان للشيء مثلاً أو قيمة لو فسد البيع بفساد صيغته ونحوها، كما لا إشكال في عدم رجوعه به وهذا معنى إقدامه على كون العين مضمونة عليه لا ما ذكره. وبقية الكلام في الجواهر (ص ١٨٠) ثم قال المحقق بعد بحثه السابق

المختص بالثمن: وأمّا ما يغترمه المشتري مما لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة ـ إذا نفقضها المالك ـ فله الرجوع به علىٰ البائع الذي هو الغاصب، لأنّه دخل علىٰ ان يكون ذلك له بغير غرم، وانما جاء الضرر من تغرير الغاصب وكذا القول في أرش نقصانه.

وظاهرهم ـ كما في الجواهر (ص ١٨١) عدم الخلاف فيه معللين له بالغرور الذي هو من السبب المتقتضي للضمان مقدما علىٰ غيره مما هو أضعف منه.

وقال صاحب الجواهر: وهو إن تم إجماعاً فذاك، وان كان للنظر فيه مجال لا يخفىٰ عليك وجهه من منع مثله سبباً يقتضي الضمان علىٰ وجه يقدم علىٰ مباشرة المشتري، مضافاً إلىٰ اقتضاء معنىٰ كون البيع عقد ضمان علىٰ الوجه الذي ذكرناه ذلك أيضاً.

وعلىٰ كل يترتب علىٰ المسألة المذكورة ما ذكره في الشرائع من أنّه لو كان المبيع جارية فاولدها المشتري الجاهل بالغصب كان الولد حراً قطعاً، لأنّه ولد شبهة من الحر فيلحق بأبيه وان غرم قيمة الولد للمالك باعتبار أنّه نماء ملكه وقد أتلفه عليه، ولكن يرجع بها علىٰ البائع الغاصب كما في الموثق (ئل ب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والإماء ح ٥) ولأنّه أقدم علىٰ أن يسلم له الولد حراً من غير غرامة.

اقول: الرواية موثقة علىٰ تردد ما، ذكرناه في الطبعة الرابعة من بحوث في علم الرجال، فلاحظ (ج ٢٠٥/٢١ من ئل).

وأمّا ما حصل للمشتري في مقابلته من نفع كسكنىٰ الدار وثمرة الشجرة والصوف واللبن فقد قيل: يضمنه الغاصب لا غير، لانّه سبب

الاتلاف، ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة، فيكون السبب أقوىٰ، كما لو غصب طعاماً واطعمه المالك، وقيل له الزام أيهما شاء. أما الغاصب فلمكان الحيلولة، وأمّا المشتري فلمباشرة الاتلاف، فان رجع علىٰ الغاصب يرجع هو علىٰ المشتري، لاستقرار التلف في يده، وان رجع علىٰ المشتري لم يرجع علىٰ الغاصب كما قال المحقق. وفي الجواهر (١٨٢) لما عرفت من كون قرار الضمان عليه وهو المحكي عن الشيخ وابن ادريس. ثم قال المحقق: والاول أشبه. وعلله في الجواهر بقوة السبب علىٰ المباشر.

وفيه: بل لو قلنا بجواز رجوع المالك علىٰ المشتري باعتبار حصول التلف في يده كان له الرجوع على الغاصب للغرور، فأنه أقدم علىٰ أن تكون هذه المنافع له مجاناً من غير دفع عوض فهو كما لو قدّم طعام الغير وأكله فرجع المالك عليه.

أقول: وفي الجواهر: (١٨٣/٣٧) لكن لعل خلافهم هنا يؤميء إلى عدم تحقق قاعدة الغرور في المقام، وإلا فلا مدخلية لحصول النفع في مقابلته، إذ ليس هو باعظم من أكل المغرور الطعام الذي قدم إليه، ومع ذلك جزموا بكون الضمان او قراره على الغار، الى آخر كلام الرياض الذي نقله وكلامه؛ فلاحظ

المسألة الخامسة:

إذاغصب حبا فزرعه أو بيضا فاستفرخه، فعن الشيخ في غصب خلافه ومبسوطه وابن حمزة في وسيلته ان الزرع والفرخ للغاصب، فان عين المغصوب قد تلفت فلا يلزم الغاصب سوىٰ قيميتها أو مثلها، وعن الاكثر انه للمغصوب منه، بل عن الناصرية نفي الخلاف عنها وعن السرائر

الاجماع عليه، وعن دعاوى الخلاف وعارية المبسوط التصريح بما عليه الاصحاب، ولعل هذا المقدار يكفي لمثل المقام والعمدة فهم العرف أن الفرخ من نماء البيض والزرع من نماء الحب.

وأما استصحاب الملك لهما كما في الجواهر (ص ١٩٨) فهو ضعيف لاختلاف الموضوع ومن شرط الاستصحاب اتحاد الموضوع.

ويمكن أن يستدل على الفتوى بقول صاحب الجواهر: ولذا لا اشكال في بقائهما على الملك لو فرض استحالتهما إلى ذلك من دون غصب، ضرورة كون الاستحالة بالنسبة إلى ذلك كتغيير صفات الشيء من السمن ونحوه. وزاد: بل من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلاً عن الملك بقطع الغاصب له قطعاً متعددة، حتى قيل ان الشيخ نفسه من المصرحين بذلك[١] مع انه اولى بصدق اسم التلف عليه.. ولا يرد النقض بمليكة صاحب الانثى ما يتكون من عسب الفحل فيها الذي أقصاه أن يكون استحالة بعد أن عرفت الدليل على ذلك (وان ولد الحيوان تابع لأمه بسيرة العرف.. مع انه لم يصدر من الغاصب فعل به يصيران زرعاً وفرخاً سوى الاحضان ووضع البذر في الارض من فعل المعدّات وهما غير صالحين لنقل الملك عن مالكه ضرروة كون ذلك من النماء التابع للملك.

ولو غصب عصيراً فصار خمراً ثم صار خلا في يد الغاصب قبل أن يدفع بدله بل وبعده إذا كان على وجه كدفع الحيلولة، كان للمالك على ما صرح به غير واحد بل عن رهن غاية المرام والمسالك نفي الخلاف فيه، لأنّه عين ماله. قال في الشرائع: ولو نقصت قيمة الخل من قيمة العصير

---

(١) فيه نظر ومنع تقدم والحاكم بتلف الثوب هو العرف فالقاطع ضامن.

ضمن الارش وفي الجواهر (ص ٢٠٠) لوجوب رده تماماً كما صرح به غير واحد، بل في مفتاح الكرامة: به صرح الاصحاب.

أقول: عند صيرورة العصير خمراً يضمن الغاصب بدله في ذمته وتخرج الخمر عن المالية شرعاً ويتعلق حق الضامن بالخمر ويصير اولى به من غيره، وكون المالك مع استحقاقه للقيمة أو المثل أولىٰ بالخمر المذكورة لا دليل عليه، بوجه، فهي إمّا حق الغاصب أو لاحق لأحد عليها، فاذا تبدلت خلا صار مالا، ولكنه ليس ملكاً لأحد، بل إما هو من المباحات لكل من أخذه واستولىٰ عليها، أو هو حق الغاصب في مقابل وجوب دفع البدل إلىٰ المالك. هذا ما خطر ببالي ثم رأيته في الجواهر وقال أن لم يتم إجماعاً ص ٢٠٠، وهذا الاشكال وارد في المثال السابق أيضاً إذا ضمن المالك الغاصب ببدل الحب وقيمة البيض مثلاً بلا فرق[1].

إلّا أن يقال بعد امكان تخليل الخمر وتيسره، كان ضمان الغاصب ببدل العصير حين صيرورته خمراً، معلّقاً علىٰ عدم صيرورتها خلّا وإلّا يجب رد الخل مع ارش التفاوت بين العصير والخل، فالخل وان لم يكن مملوكاً لمالك العصير، لكنه متعلق حقه وهو اولىٰ به كما كان كذلك عند كونه خمراً، وقدتقدّم بحثه في بدل الحيلولة أيضاً. نعم إذا أخذ المالك بدل العصير في حين الخمر صارت الخمر متعلقة لحق الغاصب، فلو صارت خلاً بقي حقه عليها، فله ان يتملكه خلافاً للمسالك، حيث حكم بوجوب

---

(١) إلّا أن يقال أن دخول الزرع والفرخ في ملك مالك الحب والبيض قهري بتبعية النماء للاصل نعم للمالك مطالبة الحب والبيض فيضمن الغاصب بدلهما ويملك الفرخ والزرع.

رد الخل إلىٰ مالك العصير وأخذ البدل من المالك إذا أخذه المالك حين كونه خمراً. قال: كما لو دفعه حيث لم يمكنه رد المغصوب لمانع آخر.

أقول: إذا دفع البدل بعنوان بدل الحيلولة إتجه ذلك، وأما إذا دفعه بعنوان بدل العين فلا موضوع لوجوب رد الخل كما احتمله أخيراً في كلامه المنقول في الجواهر(٢٠١/٣٧) وهنا بحث آخر وهو أنّه لو طلب المالك أخذها خمراً مع أخذ البدل ففي لزوم اجابته وجهان؛ من خروجها عن ملكه ومن ثم وجب البدل تاماً ومن بقاء الاولوية لإمكان ارادة التخليل، ومن ثم عاد اليها قبل دفع البدل وهذا أقوىٰ كما عن المسالك (٢٠١/٣٧ من الجواهر) لكنه نوع من الجمع بين البدل والمبدل منه. ثم علىٰ تقدير اعادتها مع البدل فصارت خلاً في يد المالك ففي وجوب رد المثل وجهان أقواهما الثاني لعدم الدليل عليه خلافاً فالمسالك لدليل غير ناهض كما أشار إليه في الجواهر أيضاً (٢٠٢).

وفي منهاج الصالحين للسيد السيستاني: لو غصب خمراً فصار خلاً، قيل كان للمغصوب منه لا الغاصب، ولو غصب حباً فزرعه تخير المغصوب منه بين أخذ الزرع وبين المطالبة ببدل الحب ولو بذل له البدل كان الزرع للغاصب. وهكذا الحال لو غصب بيضاً فاستفرخه أو غصب عصيراً فصار عنده خمراً ثم صار خلاً (ج ٢٤٥/٢).

المسألة السادسة: لو غصب أرضا فزرعها أو غرسها فالزرع ونماؤه للزارع، وعن التنقيح: عليه انعقد الاجماع اليوم، وفي الجواهر: قلت: اليوم وقبل اليومين، إذ لم نجد مخالفاً منا.. بل هو علىٰ وفق اصول المذهب

وقواعده، ضرورة كون الزرع والغرس ملك الغاصب والأرض إنما هي من المعدات كالماء والهواء ونحوهما.

نعم على الغاصب أجرة الارض وازالة زرعه وغرسه وأن تضرر بذلك، فانه الذي ادخله على نفسه ويجب عليه أيضاً طم الحفر وارش الارض، ان نقصت بالزرع أو القلع بلا خلاف ولا اشكال كما في الجواهر (ص ٢٠٥).

ولو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس لم يجب على الغاصب اجابته بلا اشكال ولا خلاف إلّا من الاسكافي.. كل ذلك لتسلط الناس على اموالهم. وكذا لا اشكال في أنّه لا يجب على صاحب الارض قبول أجرة الارض أو قيمتها.

وللمالك منعه من طم الأرض، ولا يجوز للغاصب ذلك مع كراهية المالك لحرمة التصرف في مال الغير من غير رضاه.

ثم الضمان يسقط برضى المالك باستبقائها على الاظهر وفي الفرع بعض المخالفة لبعضهم (٢٠٦ و٢٠٧ ج ٣٧) هذا كله بحسب القاعدة.

بحث نقلي

في معتبرة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً واشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك؟

فقال: عليه الكراء ويقوّم صاحب الدار الارض والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارس ان كان أستأمره في ذلك وان لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء (يب ج

٢٠٦/٧ = ئل كتاب الغصب ب ٢ ج ٣٨٧/٢٥) ولكن في الكافي ... وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب البستان؟ فقال: عليه الكري ويقوّم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل فيعطيه الغارس. وان كان إستأمر فعليه الكري وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء ج ٢٩٧/٥ أقول فبالتعارض يتساقطان إلّا ان يدعىٰ الاطمينان ـ رغم اضبطية الكافي ـ باشتباه نسخة الكافي لاسيما ان نسخة الفقيه ـ كما يقال ـ كالتهذيب وان كان سند الصدوق إلىٰ محمد بن مسلم غير معتبر ويؤكد الترجيح قول صاحب الجواهر: ان الاصحاب اعرضوا عن رواية الكافي ص ٢٠٤/٣٧.

المسألة السابعة: في الشرائع والجواهر (٢٠٧/٣٧) إذا حصلت دابة مثلاً في دار لا يمكن ان تخرج إلّا بهدم، فإن كان حصولها فيها بسبب صاحب الدار الزم بالهدم والإخراج ولا ضمان علىٰ صاحب الدابة لوجوب رد المغصوب إلىٰ مالكه، وان ترتب عليه ضرر اضعاف المغصوب، وإن كان من صاحب الدابة ضمن الهدم خصوصاً إذا كان بسبب غصبه الدار بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا، وعن المسالك عدم الاشكال في الحكمين.

لكن قد يقال حينئذٍ بوجوب ذبح الحيوان إن كان مما يؤكل ولم يرض المالك بالهدم وخصوصاً إذا كان قيمته أقلّ من ارش الهدم.. نعم لو لم يكن الحيوان مما يذبح أمكن القول حينئذٍ بذلك لقاعدة لا ضرر ولا ضرار[1].

---

(١) الظاهر وجوب الذبح في الاول والاعدام في الثاني ان لم يرض المالك بالهدم؛ بل الظاهر جوازه للغاصب وان رضى المالك بالهدم إذا لم يستلزم اطولية الوقت من زمان الأخراج بالهدم.

ثم قال في الشرائع: وكذا ان لم يكن من احدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم لمصلحته. وعن المسالك نسبته إلىٰ المشهور، بل قيل: لا خلاف فيه بيننا، واشكل فيه في المسالك بان الاغلب اشتراك المصلحة بينهما وقد تكون مختصة بصاحب الدار[1].

نعم لو خيف هلاك الدابة بدون الاخراج إتجه وجوبه ومع ذلك، ففي اقتضاء ضمان صاحب الدابة نظر (٢٠٧/٣٧ و٢٠٨)[2].

وفي الجواهر: قلت الذي ينبغي في هذه ونحوها بعد ملاحظة لا ضرر ولا ضرار وقاعدة الجمع بين الحقين ترجيح الاعظم ضررا منهما على الأخر، إذا لم يكن عن تفريط كما هو المفروض، ومع فرض التساوي من كل وجه يرجع إلىٰ القرعة أو وإلىٰ اختيار الحاكم.. وهكذا في كل حقين تزاحما ولا مرجح لاحدهما ولو من جهة التفريط وعدمه.

أقول: نحن ذكرنا تفصيل الكلام حول المثل المعروف وهو ادخال الدابة رأسها في قدر آخرٍ في كتابنا الارض في الفقه (١٣٩) وما بعدها وكأنّ المثالين لهما ملاك واحد.

المسألة الثامنة: إذا نقل المغصوب إلىٰ غير بلد الغصب لزمه إعادته ان كان مالكه فيه بغير اشكال لتوقف الا داء والرد علىٰ ذلك. ولو انتقل مالكه إلىٰ بلد ثالث وطلب منه اعادته اليه، لا يبعد وجوبه عليه، مع تعلق زيادة المؤنة علىٰ المالك جمعاً بين الحقين ويحتمل كونها على الغاصب مقدمة لوجوب الرد ولو كان الرد إلىٰ المكان الجديد حرجياً ففي وجوبه

---

(١) اشكال المسالك متجه، فكل من أراد تخليص ماله، عليه مؤنته. وللحاكم توزيع المؤونة عليهما حسما للنزاع.

(٢) لا دليل قوي على هذا الوجوب وان كان الاحوط الإخراج حياً.

وجهان.

وإذا كان مالكه في غير بلد الغصب وجاء الغاصب ففي المسالك تخيير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه وبين أن يأمره بالرد إلىٰ المكان الذي غصبه فيه، لأنّه عاد بنقله، فكان الرد عليه حيث يطلبه المالك. وناقشه في الجواهر بعدم دليل عليه أن لم يكن اجماعاً، بل مقتضىٰ الاصل أو الاصول خلافه. بل ظاهر «تؤدّى» و«الغصب كله مردود» ذلك أيضاً.

قلت قول المسالك أقرب ان كان للمالك حاجة عقلائية في نقله إلىٰ ذلك البلد والروايتان غير معتبرتين.

وفي محكي التذكرة انه لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً من موضع إلىٰ موضع آخر بالقهر، فإنّ لم يكن له غرض في الرجوع إلىٰ الموضع الاول فلا شيء عليه وأن كان، فاحتاج إلىٰ مؤنة فهي علىٰ الناقل قلت: هو لبناء العقلاء وقاعدة العدل خلافاً للمسالك والجواهر.

خاتمة في مسائل التنازع

١ ـ إذا تلف المغصوب واختلفا في القيمة فهل يقدم قول الغاصب لانه المنكر كما عن أكثر المتأخرين أو عامتهم أو قول المالك كما عن الشيخ وتحرير العلّامة لصحيح أبي ولاد: فمن يعرف ذلك أي القيمة قال: أنت وهو، إمّا ان يحلف هو علىٰ القيمة فتلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت علىٰ القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترىٰ كذا وكذا فيلزمك[1] لكن الالتزام به مشكل جداً فان

---

(١) كتاب الغصب ب ٧ ح ١.

الخروج عن القاعدة المسلمة برواية صحيحة وان كان جائزاً لكنه في المقام مخالف للذوق الفقهي، ولو قيل بها فلابد من الاقتصار على موردها وهو قيمة الدواب.

٢ ـ إذا ادّعى الغاصب ما يعلم كذبه كما قال أن ثمن فرس درهم لم يقبل لكذبه، وهل يقدّم حينئذٍ قول المالك بيمينه فيلغى قول الغاصب بالكلية بعد ظهور كذبه أو يطالب بما يكون محتملاً، فيقبل منه، الظاهر ان الثاني هو المعتمد المطابق للقاعدة مع قطع النظر عن الرواية السابقة.

٣ ـ لو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في السوق في وقتها، فادعى المالك أنها قبل التلف والغاصب بعده فالقول قول الغاصب بيمينه، لأنّه منكر (٢٢٥/٣٥).

٤ ـ إذا تلف وادعى المالك فيه صفة يزيد بها الثمن يقدم قول الغاصب، لاصالة عدمه، ولا يوجد فيه خلاف كما قيل، وينبغي أن يكون كذلك، لان الرواية أن عمل بها يقتصر عليها في موردها كما مر. وكذا لو كان الاختلاف في تقدمها لتكثر الأجرة لاصالة عدمه. ومثله لو ادعى المالك تخلل الخمر في يد الغاصب فانكره فيقدم قوله بيمينه للاصل. ولو ادعى الغاصب تخلله في يد المالك فكذا يقدّم قوله على قول السيد الحكيم وغيره من أن المعيار في المدعي والمنكر هو الغرض دون مصب الدعوى وعلى المختار من أنّه مصب الدعوى، تدخل القضية في باب التحالف.

٥ ـ لو ادعى الغاصب عيباً ـ متجدداً عند المالك ـ كالعور وشبهه (مما هو عارض بعد الصحة) وانكره المالك، فالقول قوله مع يمينه، لاصالة الصحة، سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً كما في الشرائع (٢٢٦/٣٧) وعن الشيخ في فرض الوجود تقديم قول الغاصب، فانه غارم، وأمّا في

الفرض الثاني فالقول قول السيد بعد دفنه لان الاصل السلامة ، وليس كذلك إذا كان حيا ، لانّ العور مشاهد موجود .

وفي الجواهر (ج ٢٢٧/٣٧) التحقيق ما ذكره الشيخ من الفرق بين المسألتين مع انكار المالك وجود أصل العور ، بخلاف ما إذا كان العور محققاً ، ولكن لنزاع بينهما في سبقه ولحوقه ، ولا أصل يقتضي شيئاً منهما ، حتى مع العلم بالتاريخ بناء على ما حققناه في محله .. ولكن فيه أن أصالة براءة ذمة الغاصب بحاله حينئذٍ سالم عن المعارض كما جزم به الشيخ (لانه غارم) .

أقول : قوله ولا أصل يقتضي شيئا منهما ، مبني على مختارنا في كون المعيار في تمييز المدعى والمنكر هو مصب الدعوى ، وأمّا بناء على كونه الغرض الاعلى فالغاصب منكر فانّه ينفي الغرامة .

وأصالة السلامة وعدم طرو العيب في يد المالك لا مانع منها كما تمسك بها المحقق والشهيد الثانيين . والمحسوس من وجوده انما هو في يد الغاصب ومعه لا معنى لاصالة براءة ذمة الغاصب ، لكن قال صاحب الجواهر (٢٢٨/٣٧) ان اصالة عدم تقدم العيب معارضة باصالة عدم تقدم الغصب ، واصل السلامة من العيب بعد وجوده الذي هو بمعنى استصحابها إلى حين الغصب ليس هو إلّا أصل عدم تقدم العيب على الغصب المعارض بمثله . أقول : فتأمل فيه .

٦ ـ إذا باع الغاصب شيئاً أو وهب مثلاً ، ثم انتقل إليه بسبب صحيح كميراث ونحوه ولم نقل بان ملك الفضولي لما باعه إجازة ، فقال للمشتري بعتك مالا املك والآن قد انتقل إلي وأقام بينة ، هل تسمع بينته؟ قيل : لا ، لأنّه مكذب لها بمباشرة البيع الظاهر في أنّه ملكه ، وعن جمع سماعها إن

اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه من الالفاظ ما يتضمن ادعاء الملكية. وعدم سماعها إذا قال بعتك ملكي ونحو ذلك، وهذا أقوى من سابقه.

٧ ـ لو أقر بغصبية شيء بعد أن باعه وقبل الانتقال إليه بسبب وصحيح وكذّبه المشتري أغرم الثمن للمالك إن أجاز البيع وإلّا فقيمته.. لو فرض زيادة ما قبض من الثمن عن القيمة وجب عليه دسها في مال المشتري كما ذكره صاحب الجواهر (٢٣١/٣٧) وقال: ولكن ليس للمشتري مطالبته بما دفع إليه من الثمن بعد عدم تصديقه في إقراره، كما أنه ليس للبائع مطالبة المشتري مع عدم الاجازة الّا بأقل الامرين من القيمة والثمن، لان الاولى ان كانت أقل فليس له غيرها بمقتضى إقراره، وان كان الثمن أقل فليس له سواه في ظاهر الشرع، سواء أجاز المقر له أم لا بعد عدم تصديق المشتري، كما في الجواهر ٢٣١/٣٧.

ولو عاد العبد إليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكه واسترجع ما دفعه، بل صرح بعضهم بأن ما دفعه كان للحيلولة، ومقتضاه بقاء العين على ملك المالك وإن دفع له القيمة كما سمعته في الحيلولة.

ولو كان إقراره في مدة خياره، ففي القواعد وغيره إنفسخ البيع لأنّه لا يملك فسخه فقبل إقراره بما يفسخه، إذا الاقرار يجب ان ينفذ حيث يمكن نفوذه وهو ممكن على هذا التقدير، فكان كما اعتق ذو الخيار أو باع.

ولو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد إلى المقر له ويدفع الثمن إلى بائعه ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما معاً عليه، حتى يرد عبداً إلى مالكه رقا، لأنه اقرار في حق الغير، وكذا لو باعه على ثالث لم يصدقهما لما عرفت، ولو صدقهما العبد بعد عتقه، فالاقرب القبول لعموم نفوذ اقرار العقلاء على انفسهم.

٨ ـ إذا مات حيوان مغصوب، فقال الغاصب رددته قبل موته، وقال المالك بعد موته، فالقول قول المالك بيمينه بلا خلاف يوجد كما في الجواهر (٢٣٢) وعن الخلاف: لو علمنا في هذه بالقرعة كان جائزاً.. (ولاحظ كلام السرائر وغيره حول الرجوع إلىٰ القرعة في ص ٢٣٣ من الجواهر (ومورد كلام الفقهاء ـ كما في الجواهر ـ العبد، وبدلناه بالحيوان ليكون البحث ذا ثمرة.

وكذا لو أقاما بينة متكافئة وسقطتا، فانا لا نفرق بين بينة الداخل والخارج.

أقول: بناء علىٰ تمييز المدعىٰ والمنكر بالغرض الاصلي، كان المدعي هو الغاصب فانه يدعي زوال الضمان والمالك يدعي بقاؤه، فقوله مطابق للحجة. وبناء علىٰ كونه بمصب الدعوىٰ لا مرجح لقول أحد منهما فيرجع إلىٰاستصحاب الضمان فلاحظ.

٩ ـ إذا اختلف في تلف المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه بلا خلاف يوجد (٢٣٥/٣٧) بل ادعىٰ في التذكرة وغاية المراد الاجماع عليه، للقاعدة إذ لو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس لو فرض صدقه. إذ قد يصدق ولا بينة له..

وفي الجواهر بعد كلام: فان ثبت اجماع فذاك والا كان المتجه الحبس إلىٰ أن يظهر للحاكم علىٰ نحو البينة.

فاذا حلف الغاصب من أول الامر أو بعد اليأس من دفع العين طالبه المالك بالقيمة لتعذر العين ولو للحيلولة.

أقول: إذا كان المغصوب مثليا ـ كما في عصرنا ـ جاز تضمينه من الاول من دون حبس أو يأس بالمثل كما تقدم، بل ولا مجوز للحبس

وانتظار اليأس .

١٠ ـ إذا اختلفا على الحيوان من سرج مثلاً بقدم قول الغاصب ، لأنّ يده على الجميع ولا يعارضه سبق يد المالك بعد زوالها بطرو الغصب التي حكم بسببها بضمانه للعين والمنفعة .

١١ ـ إذا توقف رد العين المغصوبة على صرف مؤنة قليلة يجب مقدمةً[١] بل يمكن ان يقال بوجوبه وان تضرر منه الغاصب ، لعدم جريان نفي الضرر في حقه لاقدامه على ذلك ، وإنّه امتناني فلا يصير سبباً لحرمان المالك عن ماله أو تضرره ، بمؤنة الرد ، نعم الظاهر وجوب رده اليه في محل غصبه دون محلّ آخر اكثر مئونة .

نعم إذا غصبه من مالكه في سفره مثلاً فرجع إلى منزله ومحله وطلب ايصاله اليه فالظاهر لزوم ايصاله اليه هنا لبناء العقلاء عليه لقاعدة العدل . وهكذا الكلام في ايصال المثل أو القيمة بعد تلف العين .

وأما إذا توقف رد العين التي تساوي مائة مثلاً على مئونة كثيرة كألف فلا يبعد ضمانه بالقيمة ولو بعنوان بدل الحيلولة لبناء العقلاء عليه وقاعدة العدل ، وفي المثليات الانتقال إلى ضمان المثل اظهر كما تقدم .

١٢ ـ المتيقن من الرد في المقبوض بالعقد الفاسد هو التخلية بينه وبين مالكه ، ولا دليل على وجوب ايصاله اليه ، وان لم يكن فيه مئونة . نعم إذا انتقل القابض من بلد القبض إلى بلد آخر فطلب منه إيصا له اليه وجب

---

(١) في صحيح الحذاء عن الباقر عن رسول الله ﷺ : من اقتطع مال مؤمن غصباً بغير حقه لم يزل الله معرضا عنه ماقتا لاعماله التي يعملها من البر والخير ولا يثبتها في حسناته حتى يرد المال الذي أخذه إلى صاحبه . ئل ج ٣٤٣/١١/ الطبعة المتوسطة ولاحظ حدود الشريعة ج ٣٦٢/٣ .

ذلك عليه لقاعدة الاستيلاء وقاعدة العدل ومؤنة الرد إذا لم يكن كثيرا، عليه فان نقل المقبوض من بلد القبض لم يكن باذن مالكه. نعم لا يجب علىٰ القابض رده إلىٰ بلد آخر اذا كان أكثر مؤنة، لعدم دليل عليه.

ثم ان كانا في بلد واحد وتوقف الرد علىٰ مؤنة فهل هي علىٰ القابض أو المالك؟ فصّل الشيخ الانصاري ﷺ بين كونها قليلة فعلىٰ القابض وبين ما تكون كثيرة فعلىٰ المالك لادلة نفي الضرر.

وفصّل النائيني ﷺ بين ما إذا كانت المؤنة مما يقتضيها طبع الرد فهي علىٰ القابض وبين غيره فهي علىٰ المالك، وذلك فان الحكم الشرعي إذا اقتضىٰ في نفسه وبحسب جعله مقداراً من الضرر كوجوب الخمس و... كان الحكم تخصيصاً لنفي الضرر، وإذا كان الضرر زائداً علىٰ المقدار الذي يقتضيه طبع الحكم الشرعي لم يكن ذلك تخصيصاً لادلة نفي الضرر بل هي حاكمة عليه فمؤنة الرد بمقدار ما يقتضيه طبع رد المال علىٰ القابض والزائد عليه علىٰ المالك. ورده تلميذه سيدنا الاستاذ الخوئي ﷺ بان طبع رد المال لا يقتضىٰ مئونة، بل قد يحتاج إليها ورد علىٰ نظر الشيخ الانصاري أيضاً بان تحمل الضرر مرفوع ولا فرق بين قليله وكثيره الّا إذا كانت عن القلة بحيث لاتعد ضرراً (مصباح الفقاهة ٢٨٤/٣).

أقول: والمقام بعد محتاج إلىٰ مزيد تأمّل.

١٣ ـ لو مزج المغصوب بما يمكن تمييزه ولو بمشقة وجب تمييزه ورده وأنّ كان المشقة غير قابلة للتحمل فلا يبعد انتقال الامر إلىٰ البدل اذا صدق انه تألف ويحتمل الشركة اذا لم يصدق التلف.

١٤ ـ إذا كان للعين منافع متعددة وكانت معطلة، قيل المدار علىٰ المنفعة المتعارفة بالنسبة إلىٰ تلك العين ولا ينظر إلىٰ مجرد قابليتها لبعض

المنافع الاخرىٰ، فمنفعة الدار بحسب المتعارف هي السكنىٰ وان كانت قابلة في نفسها لمنفعة اكبر أو اصغر من السكنىٰ ولو تعدد المتعارف فان تفاوتت الأجرة ضمن الاعلىٰ والا فأجرة واحدة من الاجور المتساوية كما مر.

وقال السيد السيستاني (المنهاج ٢٣٢/٢) والظاهر أن الحكم كذلك مع الاستيفاء أيضاً فمع تساوي المنافع في الاجرة كان عليه أجرة ما استوفاه ومع التفاوت كان عليه أجرة الاعلىٰ سواء استوفىٰ الاعلىٰ أو الادنىٰ.

قلت: هذا في الاستيلاء العدواني ظاهر، وفي غيره محتاج إلىٰ تأمّل.

١٥ ـ المغصوب منه ان كان فرداً كاملاً وجب رد المال إلىٰ نفسه أو وكيله، وان كان قاصراً وجب الرد إلىٰ وليه الخاص أو العام، وان كان نوعاً ـ كما إذا كان المغصوب وقفاً علىٰ الفقراء، وقف منفعة أو انتفاع، فان كان له متول خاص يرد اليه وإلّا فالى الحاكم العام الشرعي، وليس له أن يرد إلىٰ أحد من الفقراء.

نعم في مثل المساجد والشوارع والقناطر بل الربط إذا غصبها يكفي رفع اليد عنها وبقائها علىٰ حالها، بل يمكن أن يكون الحال في المدارس كذلك، فيكفي التخلية بينها وبين الطلبة التي كانوا فيها حين الغصب مع بقاء عنوان الموقوف عليهم عند الرد والاحوط لزوماً رد المدارس إلىٰ الولي الخاص ان كان وإلّا فالى الحاكم الشرعي.

١٦ ـ قيل القيمة التي يضمنها الغاصب في القيميات والمثليات ـ عند تعذر المثل انما تحسب بالنقد الرائج من الذهب والفضة المسكوكين بسكة المعاملة وغيرهما من المسكوكات والاوراق النقدية المتداولة في العصور الاخيرة، فهذا هو ما يستحقه المغصوب منه كما هو كذلك في جميع

الغرامات والضمانات ، فليس للمالك والضامن مطالبة غيره أو دفع غيره الا بالتراضي بعد مراعاة قيمة ما يدفعه مقيسا إلى النقد الرائج . .

اقول الحكم مطابق لاعتبار العرف في اليوم لكنه غير ثابت في عصر الأئمة عليهم السلام ولا شاهد على ان اهل عصورهم لا يدفعون غير المسكوكين بعنوان القيمة ، فالحكم نقبله على سبيل الاحتياط .

وأما إذا اختلف النقد الرائج بحسب اختلاف الامكنة فالعبرة في الاول بنقد مكان المخالفة والغصب ، كما مر وفي الثاني ـ اي قيمة المثل المتعذر ـ مكان الرد خلافاً للسيستاني حيث جعل المدار على يوم التلف في كليهما .

وأما إذا اختلف بحسب الازمنة ، فان كان الاختلاف في النوع بان سقط النوع الرائج في زمان التلف وابدل بغيره كان العبرة بالثاني عند السيد السيستاني (المنهاج ٢٣٨/٢) وان كان الاختلاف بحسب المالية ، بان كان الرائج يوم التلف عند جمع أو يوم المخالفة في الاول ويوم الاداء في الثاني على المختار أكثر مالية منه في يوم الاداء (في الاول) قال السيد السيستاني فالظاهر عدم كفاية احتساب قيمة التالف بما كانت تتقدر به في زمان التلف ، بل اللازم احتسابها بما تتقدر في زمن الاداء . ولو انعكس الأمر ففي كفاية احتساب قيمته يوم الاداء بما يساويها مالية في زمن التلف أو لزوم احتسابها بنفس المقدار السابق ، اشكال والاحوط في مثله التصالح .

أقول : العمدة في نظائر المقام مراعاة قاعدة العدل التي ذكرناها في كتابنا (الارض في الفقه) وهو مطبوع ، فاذا لم يوجد دليل خاص فلابد من تطبيق العدل ، ولو خاف مفت منه لاجل الشهرة ونحوها فلابد من الافتاء بالتصالح ولو على نحو الاحتياط .

١٧ ـ لو تعاقبت الأيادي الغاصبة على عين ثم تلفت ، ضمن

الجميع[1] فللمال لك الرجوع ببدل ماله على كل واحد منهم وعلى أكثر من واحد بالتوزيع متساويا أو متفاوتا حتى انّه لو كانوا عشرة مثلاً له ان يرجع على كلهم ويأخذ من كل واحد منهم عشر ما يستحقه وله ان يأخذ من واحد منهم النصف والباقي من الباقين متساوياً أو بالتفاوت.

وفي الجواهر بلا خلاف ولا اشكال، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه، لأنّ كلّا منهم غاصب مخاطب برد العين أو القيمة، لقوله عليه السلام كل غصب مردود، وعلى اليد ما أخذت حتى تودى وقوله تعالى: فمن اعتدى عليكم... وجزاء سيئة سيئة مثلها، وغيرهما مما دل على العقاب بمثل ما عوقب وان الحرمات قصاص ونحوه.

أقول: الأول ضعيف سندا (ئل ب ١ من ابواب الانفال ح ٤) والثاني غير وارد من طريقنا (سنن البيهقي ج ٩٥/٦) وأما الاستدلال بالاثنتين فقد مر بحثهما، على أن معنى جزاء سيئة سيئة، اخذ خذ المثل أو القيمة من غير المستقر عليه الضمان بمقدار مدة أخذه ماله لا مطلقاً (فتأمل) نعم لا يبعد دلالة قوله الحرمات قصاص على المقام في من استقر عليه الضمان بل الغاصب الاول أيضاً فتأمل. والاعتداء مختص بفرض العلم دون الجهل أو السهو.

لكن الحكم كأنّه مسلم في الفقه وفي حكم المغصوب المقبوض بالعقد الفاسد.

وعن الاردبيلي التردد أو الميل إلى عدم الرجوع على الجاهل المغرور الذي لم يعلم اندراجه في خبر على اليد ما أخذت حتى تؤدي الذي لم

---

(١) لقاعدة الاستيلاء (اليد) من دون فرق بين جهل المستولي وعلمه.

تثبت حجة ولا يصححه عمل المشهور خلافا لصاحب الجواهر.

ولان الجاهل غير عاد، فلا يصدق عليه الغاصب، لكن موضوع الحكم تكليفاً ووضعا ليس خصوص الغاصب. نعم لا يصدق في حق الجاهل والساهي، الإستيلاء العدواني.

ثم الجمع بين الحكم باستقرار الضمان على من اتلف أو تلف عنده وقاعدة رجوع المغرور على الغار محتاج إلى بحث مذكور في ص ٣٥ وص ٣٦ ج ٣٧ من الجواهر.

١٨ ـ لو صبغ المغصوب من شخص بصبغ مغصوب من آخر، فان كان الباقي فيه عرضا لاجرما، ضمن لمالك الصبغ بدله. وان كان الباقي جرماً عرفاً كالاصباغ الدهنية المتعارفة في طلي الاخشاب والحديد مثلاً فله مطالبته بالبدل فان بذل له صار الضبع ملكاً للغاصب. فان امكن ازالته فللناصب ازالته وليس للمالك منعه.

نعم للمالك الزامه بها، ولو ورد بسببها نقص على المصبوغ المغصوب ضمنه الغاصب، وان لم يمكن ازالة الصبغ أو تراضيا على بقائه فالظاهر اشتراكهما في مالية المغصوب بالنسبة. فلو كان التفاوت بين قيمته مصبوغاً وقيمته غير مصبوغ بنسبة السدس (مثلا)، كان اشتراكه مع المالك في ماليته بهذه النسبة. وان لم تزد القيمة فان نقصت بذلك ضمن الغاصب النقص، ومع التساوي لا شيء للغاصب ولا عليه.

هذا حال الغاصب مع مالك المصبوغ المغصوب، وأما مع مالك الصبغ، فان كان الباقي فيه عرضا لاجر ما ضمن لمالك الصبغ بدله من المثل أو القيمة وإن كان الباقي جرما فله ماطلبته بالبدل، فان بذل له صار الصيغ ملكا للغاصب فيجزي عليه ما تقدم في المسألة السابقة، وإن لم يطالب بالبدل

واتفق مع مالك المصبوغ على بقاء الصبغ اشترك في ماليته بالنسبة، وله أن يأخذ من الغاصب ما به التفاوت بين حصته منها وبين قيمة الصبغ قبل الاستعمال ان وجد، هذا إذا أردت قيمة المغصوب بصبغة ولو نقصت ضمن الغاصب النقص يضمن بدل الصبغ لمالكه. ذكره السيد السيستاني في منهاجه ٢٤٣/٢.

وهنا شق آخر لم يذكره هذا السيد وهو مطالبة مالك الصبغ بعين صبغه إذا كان قابلاً للازالة مع الارش إن نقص. الظاهر أن ذلك له.

١٩ ـ لو مزج الغاصب المغصوب بغيره أو امتزجا في يده بغير اختياره وعد المزيج موجوداً واحداً لا خليطاً من موجودات متعددة، فان كان المزج بجنسه وكانا متماثلين ليس احدهما أجود من الآخر ولا أردأ تشاركا في المجموع بنسبة مالهما وليس على الغاصب غرامة بالمثل أو القيمة، بل الذي عليه هو عدم التصرف فيه إلّا برضا المغصوب منه، والقبول بافراز حصته منه وتسليمها إليه لو كان مطالباً بذلك كما هو الحال في سائر الاموال المشتركة.

وان مزج المغصوب بما هو أجود أو أردء منه فللمغصوب منه أن يطالب الغاصب ببدل ماله. وله ان يقبل بالمشاركة في الخليط بنسبة المالية.

وان مزجه بغير جنسه، فان كان فيما يُعدّ معه تالفاً كما إذا مزج ماء الورد المغصوب بالزيت ضمن وان لم يكن كذلك كما لو خلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو خلط الخل بالعسل فالظاهر انه بحكم الخلط بالاجود أو الاردأ من جنس واحد فيتخيّر المغصوب منه بين أخذ البدل وبين الرضا بالاشتراك في العين بنسبة المالية ص ٢٤٤.

٢٠ ـ يضمن المسلم للذمي الخمر والخنزير بقيمتهما عندهم مع الاستتار، وكذا يضمن للمسلم حق اختصاصه فيما إذا استولى عليهما

لغرض صحيح كالتخليل واستعمالهما دواء (٢٤٥).

٢١ ـ جميع ما مر من الضمان وكيفيته واحكامه وتفاصيله جارية في كل يد جاريته على مال الغير بغير حق وان لم تكن عادية وغاصبة (لبناء العقلاء) الا في موارد الامانات المالكية أو الشرعية كما حرر في كتاب الوديعة فتجري في جميع ما قبض بالمعاملات المعاوضية الفاسدة وما هي بحكمها وما وضع اليد عليه بسبب الجهل والاشتباه.

اقول: تقدم منا الترديد في بعض المقامات كالرجوع على القابض الجاهل بناء على اعتبار العدوان في الاستيلاء الموجب للضمان. وكالمنافع الفائتة والله العالم.

٢٢ ـ الضمان يجري في المقبوض من الاموال عيناً كانت أو منفعة. وأما إذا كان من الحقوق فيجري في بعض مواردها كحق الاختصاص ولا يجري في بعضها الآخر كحق الرهانة (المصدر ٢٤٧).

٢٣ ـ عن الدروس كما في الجواهر (٣٢/٣٧) ولو اثبت يده على مسجد أو رباط (ومدرسة، على وجه التغلب ومنع المستحق، فالظاهر ضمان العين والمنفعة.

وقد يشكل الضمان في المسجد ونحوه من المشاعر مما لم تكن المنفعة فيه ملكاً للناس وان ملكوا الانتفاع به، إذ هو غير المنفعة فلا مالية حينئذٍ حتى يتجه الضمان وان تحقق الغصب في مثله. وأما ما كان ملكاً للمسلمين اجمع ونحوها فلا بأس بالقول بالضمان عيناً ومنفعة. انتهىٰ كلامه.

أقول: ولا يخلو الاشكال عن وجه.

موجبات الضمان في باب الديات

البحث فيه إمّا في المباشرة أو التسبيب أو تزاحم الموجبات.

أما الاولىٰ فضابطها كما في الجواهر ومتنها: صدق نسبة الاتلاف إليه ولو بايجاد علته، لا مع القصد إليه وإلّا لاقتضت القصاص.

وضابط الثاني: ما لولاه لما حصل التلف، لكن علة التلف غيره كحفر البئر ونصب السكين والقاء الحجر، فان التلف عنده بسبب العثار كما ذكر المحقق ﷺ وقال في كتاب الغصب: هو كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر في غير ملكه وكطرح المعاثر في المسالك (الجواهر ٤٣/٤٣ و٩٥).

فالبحث الأول في المباشرة وفيه مسائل:

١ ـ يضمن الطبيب ما يتلف بعلاجه مباشرة في ثلاث صور:

أ ـ إذاعالج بغير اذن المريض أو وليه.

ب ـ إذا كان قاصراً غير حاذق.

ج ـ إذا قصر في العلاج.

والظاهر كما يظهر من الجواهر عدم الخلاف في ضمانه، فان سبب الضمان ـ وهو الاتلاف ـ محقق، والاذن في العلاج غير الاذن في الاتلاف، فالمانع مفقود.

ومنه يظهر ضمانه إذا فرض مأذوناً وحاذقاً غير قاصر في العلم والعمل ـ أي معرفة الكبرىٰ والتشخيص (التداوي أو العملية) ـ خلافاً لابن ادريس حيث نفي الضمان حينئذٍ. وعبارته في السرائر كتاب الحدود باب النفوس وغيرها: من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من ولي من يطبّبه أو صاحب الدابة وإلّا فهو ضامن إذا هلك بفعله شيء من ذلك.

هذا إذا كان الذي يجنىٰ عليه الطبيب غير بالغ أو مجنوناً، واما إذا كان

عاقلاً مكلفاً وأمر الطبيب بفعل شيء ففعله على ما أمر به فلا يضمن الطبيب، سواء أخذ البراءة من الولي أم لم يأخذها، والدليل على ذلك ان الأصل براءة الذمة، والولي لا يكون الا لغير المكلف، فإمّا إذا جنى على شيء ولم يؤمر بقطعه ولا بفعله فهو ضامن، سواء أخذ البراءة من الولي أم لم يأخذها. (الجواهر ٤٦/٤٣).

وجوابه ما مرّ من أن الإذن في العلاج غير الإذن في الاتلاف الذي هو سبب الضمان، ولذا افتى بضمانه جماعة، على أن أخير كلامه لا يخلو من إجمال.

بقيت في المسألة فروع:

أولها: قد يقال بعدم ضمان الطبيب القاصر المعلوم قصوره للآذن بسبب الاذن، بناء على سقوط الضمان بالإذن بالجناية أو في العلاج وان ترتب التلف عليه (ج ٤٥/٤٣).

هذا الإذن إن أثر فإنّما يؤثر في الحكم التكليفي وهو جواز علاج بعض الامراض الطفيفة دون المهلكة في فرض اشتباه القاصر، ودون الامراض الخطيرة كالعمي والشلل وقطع الاركان، لا في الحكم الوضعي، فان الإذان في العلاج غير الاذن في الاتلاف.

ثانيها: إذا أخذ البراءة في علاج الحيوان من ضمانه إذا أدى إلى تلفه، فلا اشكال في عدم الضمان[1] فان مثل هذا الاتلاف لا يكون سبباً للضمان عند العقلاء والروايات منصرفة عنها، والناس مسلطون على اموالهم، وإذا جعل الطبيب براءته شرطاً في ضمن عقد الإجارة فلا شك في نفي

---

(١) وما قيل من انه سقوط ما لم يجب فقد مر جوابه.

الضمان، لانّ المسلمين عند شروطهم.

ويؤيده رواية السكوني: (من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلّا فهو ضامن) لكنها ضعيفة السند[١].

ثالثها: إذا كان اذن المريض غير متيسر وكان مرضه غير هيّن فعالجه طبيب لمجرد الاحسان أو كان مهلكاً فكان العلاج واجباً لوجوب حفظ النفس فاتفق موته أو تلفه مع حذافته وعدم تقصيره وقصوره، فهل هو ضامن او لا؟ أو يفصل بين الاول فيضمن، والثاني فلا يضمن ومثله ما إذا أخذ متاع غيره فحمله للاحسان والاعانة، فسقط من غير تقصير، فانكسر أو تلف، يمكن أن يقال بعدم الضمان لنفي السبيل على المحسنين.

نعم يجري هذا الكلام في الطفل والزوجة إذا ماتا بعد الضرب تأديباً إلّا أن يقال باستثناء النفوس لبعض الروايات كقول الباقر عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم: فإن على الامام أن يؤدى إلى اولياء المقتول من الدية بقدر ما أعتق من المكاتب ولا يبطل دم امرئ مسلم[٢] وقول علي عليه السلام في الصحيح: لا يبطل دم امرئ مسلم[٣].

رابعها: انه لا يضمن الطبيب ـ في موارد ضمانه ـ شيئاً إذا لم يعلم الحال لاحتمال الموت بغير علاج كما ذكره في الجواهر أيضاً ج ٤٩/٤٣.

خامسها: إذا لم يتول الطبيب العلاج بنفسه، بل قال: اظن أن هذا الدواء نافع لهذا الداء أو لو كنت انا لفعلت كذا ونحو ذلك، مما لم تكن فيه مباشرة منه، وان فعل المريض العاقل المختار أو وليه ذلك اعتماداً على

---

(١) باب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان ح ١.

(٢) ئل ب ٤ من ابواب القصاص ح ٢.

(٣) ب ٢ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به ح ١.

قوله فلا يضمن للاصل.

سادسها: يجوز التداوي وان احتمل الهلاك، ففي صحيح يونس بن يعقوب قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يشرب الدواء ويقطع العرق وربما انتفع به؟ وربما قتله، قال: يقطع ويشرب[1].

والاحوط لزوماً أخذ مشورة الطبيب الحاذق أيضاً.

سابعها: استفاد صاحب الجواهر من الروايات غير المعتبرة سندا عدم اعتبار الاجتهاد في علم الطب، بل يكفي للمداوي المداوىٰ بالتجريبيات العادية ونحوها مما جرت السيرة والطريقة به، وخصوصاً للعجائز والاطفال وغير ذلك (٥٠/٤٣).

اقول: هذا في التداوي بالحشائش لا بأس به كما في عصره قدس سره واما في مثل عصرنا من غلبة التداوي بالادوية الكيمياوية الخطرة فلابد من اعتبار الاجتهاد في الطبيب، إلّا أن يرضى المريض بغيره في الامراض غير الخطرة.

٣ ـ لو انقلبت الظئر ـ أي العاطفة على ولد غيرها والمرضعة له ـ النائمة فقتلت الصبي، فقيل: لزمتها الدية في مالها ان طلبت المظائرة الفخر، وعلىٰ العاقلة ان كانت للضرورة، للخبر عن الباقر عليه السلام ايما ظئر قوم قتلت صبيالهم وهي نائمة فانقلبت عليه فقتلته، فان عليها الدية كاملة من مالها خاصة، ان كانت إنما ظئرت طلباً للعز والفخر، وان كانت انما ظئرت من الفقر فالضمان علىٰ عاقلتها (ئـل ج ٢٦٦/٢٩)[2] وللخبر اسانيد غير معتبرة وهو غير منجبر بفتوىٰ المشهور ظاهراً وعن المحقق قدس سره: لا بأس أن يعمل الانسان بها لاشتهارها بين الفضلاء من علمائنا (ج ٨٦/٤٣).

---

(١) الكافي ج ١٩٤/٨.

(٢) ب ٢٩ من ابواب موجبات الضمان.

ولعله يريد به روايتها في الكافي والتهذيب والفقيه والمحاسن، وفيه نظر لانتهاء جميع الاسانيد إلىٰ محمد بن اسلم الجبلي وعبد الرحمن بن سالم المجهولين ولا يحصل الاطمينان لاجلهما بصدور الرواية عن الباقر والرضا عليهما السلام.

نعم سند المحاسن معتبر ظاهراً وعليه اعتمد السيد الاستاذ الخوئي قدس سره في فتواه بمضمونه وليس فيه هذان المجهولان. لكنا لا نعتمد علىٰ نسخة كتاب المحاسن الموجودة وعلىٰ فرض الاعتماد بعد اشتمال سند الكافي والتهذيب عليهما يظن سقوطهما في سند المحاسن. فالارجح انه لا فرق في الحكم بين النائم والنائمة ولا بين الظئر وغيرها.

واعلم ان في النائم ـ غير الظئر ـ إذا اتلف نفساً أو طرفاً بانقلابه أو بحركته أو بغير ذلك من أحواله اقوالاً واحتمالات:

أولها: انه يضمن الدية في ماله كما عن جمع، واستدل له ابن ادريس بان الاصحاب باجمعهم يوردون ذلك في باب ضمان النفوس وذلك لا تحتمله العاقلة بلا خلاف. وفسره سيدنا الاستاذ الخوئي قدس سره (مباني تكملة المنهاج ج ٢٢٣/٢) وصاحب الجواهر (٥٢/٤٣) بان قتل النائم باعتبار ارتفاع الاختيار عنه من باب الاسباب التي ضمانها عليه دون العاقلة ثم رده بعدم الدليل عليه ما لم يستند القتل إليه بالاختيار لعمد أو شبه عمد أو خطأ محض، لوضوح ان مجرد كونه سببا له، لا يوجب الضمان بدون تحقق ذلك (أي الفعل الاختياري) فلا يتم ذكر الاصحاب ذلك في ضمان النفوس وفي الجواهر: (ان ايراد الاصحاب لذلك في ضمان النفوس لم يبلغ حد الاجماع الكاشف.

ثانيها: انه يضمن عاقلته، كما عن جمع آخر منهم المحقق وصاحب

الجواهر، فان القتل المذكور من الخطأ المحض، باعتبار عدم القصد منه إلىٰ الفعل ولا إلى القتل.

ثالثها: ما استقر به السيد الاستاذ الخوئي ﵀ من نفي الضمان رأساً وأنه لادية علىٰ النائم ولا علىٰ عاقلته، ودليله ان القتل الخطأ هو العمد في الفعل بان يريد شيئاً ويصيب غيره أو من اعتمد شيئاً وأصاب غيره، والمفروض انتفاء لقصد هنا.

فالمرجع اصالة عدم الضمان. قال ويؤكد ذلك ما يأتي في ما إذا سقط انسان من شاهق علىٰ آخر بغير اختياره فقتله، من الروايات علىٰ عدم ثبوت الدية علىٰ الساقط ولا علىٰ بيت المال. وما نحن فيه من هذا القبيل (ج ٢ مباني تكملة المنهاج ص ٢٢٣).

أقول: في صحيح ابن الحجاج (ب ١١ من قصاص النفس ج ٣٦/٢٩ من الوسائل): انما الخطأ ان يريد الشيء فيصيب غيره.

وفي الصحيح عن الصادق ﵇ العمد كل ما اعتمد شيئاً فاصابه بجديدة أو بحجر أو بعصا أو بركزة فهذا كله عمد، والخطأ من اعتمد شيئاً فاصاب غيره. (المصدر ح ٣).

وفي صحيح أبي عباس وزرارة بسند الفهرست: والخطأ ان يتعمده ولا يريد قتله يقتله بما لا يقتل مثله، والخطأ الذي لا شك فيه أن يتعمد شيئاً آخر فيصيبه[1]. وفي صحيح الفضل بن عبد الملك ـ بطريق الصدوق عن الصادق ﵇.. سألته عن الخطأ الذي فيه الدية والكفارة؟ أهو أن يعتمد (يتعدّ ـكا) كضرب رجل ولا يعتمد قتله؟ فقال: نعم.. (ب ١١ من

(١) المصدر ج ٤٠/٢٩ ح ١٣.

أبواب القصاص في النفس ح ٩ ثل ج ٣٨/٢٩).

وأما الروايات التي أكد بهما السيد الاستاذ الخوئي فهي مذكورة في الباب ٢٠ من ابواب القصاص في النفس، في الوسائل وان كان أول الروايات (في الباب ٢١) ينافي الحكم فانها يدل علىٰ تعلق الدية بالمدفوع الذي لا فعل اختياري له، ولو ابتداءً لكنه يشكل الاعتماد عليها.

رابعها: احتمال كون الدية في بيت مال المسلمين وعلىٰ الامام لما مر في الفرع الثالث في المسألة السابقة من ان دم إمرء مسلم لا يذهب هدراً.

ورده السيد الاستاذ (ج ٢٢٣/٢ من المباني) بان الروايتين لا تشملان ما كان الموت بقضاء الله وقدره، من دون أن يستند إلىٰ اختيار شخص، كما إذا أطار الريح ـ مثلاً ـ رجلاً علىٰ سطح فوقع علىٰ انسان فقتله، فانه لا دية علىٰ عاقلته ولا علىٰ نفسه ولا علىٰ بيت المال.

أقول: قول الاستاذ لا يخلو عن وجه، ولا ادري هل يقول به بهذا في باب الدية فقط، أو في كل موارد قاعدة الاتلاف حتىٰ الاموال؟ الظاهر الفرق بين المقامين كما يأتي في المسألة الخامسة.

٤ ـ إذا اعنف الرجل بزوجته جماعاً، قبلاً أو دبراً أو ضمها بعنف فماتت الزوجة فلا قود، ولكن يضمن الدية في ماله. وكذا الزوجة تضمن الدية في مالها إذا اعنفت بزوجها فمات. لأنه من شبه العمد. مضافاً إلىٰ صحيح سيلمان بن خالد ـ علىٰ المشهور ـ عن الصادق عليه‌السلام انه سئل عن رجل اعنف علىٰ امرأة فزعم أنها ماتت من عنفه؟ قال: الدية كاملة ولا يقتل الرجل.

ورواه الصدوق عن ابن أبي عمير عن هشام بن سالم وغير واحد

عنه . والسند صحيح[1] .

قلت : الظاهر عدم اختصاص الحكم بالزوج والزوجة ، بل يجري في غيرهما من النساء والرجال ولو حراماً .

لكن إذا علم الرجل ان الوطء يهلكها فهو عمد يوجب القود وكذا إذا ضمها أو ضمته بقصد القتل أو مع العلم بأنّ مثل هذا الضم العنيف مهلك . والحديث السابق منصرف عنه .

٥ ـ المشهور ـ ظاهراً ـ ان من حمل على رأسه ـ مثلاً ـ متاعاً فكسره أو أصاب به انساناً ضمن جنايته عليه وعلى المصاب به ، وإذا دفعه غيره فالضمان على الدافع كما قيل . أقول : مقتضى القاعدة ما ذكره كاشف اللثام ﷺ (ج ٣٠٣/٢) من أنّه انما يضمن المتاع مع التفريط أو كونه عارية مضمونة ونحو ذلك ، وانما يضمن المصدوم غير الانسان في ماله ، والانسان إذا تعمد الصدم دون الاتلاف ولم يكن متلفاً غالباً ، وإلّا فهو إمّا متعمد ، عليه القصاص أو مخطئ محض على عاقلته الضمان .

وقد تبعه في هذا التفصيل الشهيد الثاني في مسالكه (ج ٤٩٠/٢) ، ومن كلامه : وأما المتاع المحمول فيعتبر في ضمانه ـ ولو كان لغيره ـ التفريط ، إذا كان أميناً عليه كغيره من الاموال . (الجواهر ج ٥٥/٤٣) .

ولعل قيد الامانة في كلامه ناظر إلى مقام الاثبات دون الثبوت . ثم انّه لا فرق بين الحمل على الرأس والظهر ، والأخذ باليد والحمل على الحمار والسفينة والسيارة والطائرة والقطار وغيرها . هذا حسب القاعدة ، وأمّا الروايات فهي على أقسام :

(١) ئل ج ٢٦٩/٢٩ باب ٣١ من أبواب موجبات الضمان .

الاول: ما يدل على عدم الضمان بإقامة البينة، وثبوته بعدمها، نفي صحيح الحلبي[1] عن أبي عبدالله عليه السلام في حمّال يحمل معه الزيت، فيقول: قد ذهب أو اهرق أو قطع عليه الطريق، فان جاء عليه ببينة عادلة انه قطع عليه أو ذهب فليس عليه شيء وإلّا ضمن. وفي رجل حمل معه (مع ـ كا) رجل في سفينة طعاماً فنقص، قال: هو ضامن، قلت (له) انه ربما زاد؟ قال: تعلم انه زاد (فيه ـ فقيه) شيئاً؟ قلت: لا، قال هو مالك.

وهذا الذيل (وفي رجل..) روي في الكافي (ج ٢٤٣/٥) والتهذيب (ج ٢١٧/٧) بسند صحيح. أيضاً عن الحلبى. (جامع الاحاديث ج ٩٢/٢٤).

ولعل عدم ذكر البينة لاجل سكوت صاحب السفينة وعدم ادعاء له في مقابل دعوى المالك، فلو ادعى شيئاً يطالبه المالك بالبينة على مدعاه وصدر الخبر قرينة على تقيد الذيل بالبينة.

وفي صحيح آخر للحلبي عنه عليه السلام (كا ج ٢٤٣/٥ يب ج ٢١٨/٧) سئل عن رجل (جمال ـ كا) استكرى منه إبل وبعث معه بزيت إلى ارض، فزعم ان بعض زقاق الزيت انخرق، فاهراق ما فيه، فقال: انه ان شاء أخذ الزيت وقال انه انخرق ولكنه لا يصدق إلّا ببينة عادلة. (جامع الاحاديث ج ٩٢/٢٤) ويدل عليه أيضاً صحيح ثالث للحلبي الذي رواه المشائخ الثلاثة باسانيدهم المعتبرة عن الصادق عليه السلام في الغسّال والصباغ ما سرق منهما من شيء فلم يخرج منه على امر بيّن انه قد سرق، فكل قليل أو كثير (فهو ضامن ـ يب) فان فعل فليس عليه شيء وان لم يفعل (و ـ يب) لم يقم البينة وزعم انه قد ذهب الذي ادعى (عليه ـ كا ـ يب) فقد ضمنه ان لم يكن

---

(١) الفقيه ج ١٦١/٣.

له بينة علىٰ قوله .

والمتن فيه نسخ مختلفة ولا يخلو عن تشويش وزاد في التهذيب: وعن رجل استأجر اجيراً فأقعد علىٰ متاعه فسرق ، قال هو مؤتمن . (الجامع ٩٨/٢٤) .

وصحيح ابي بصير بسند الفقيه فقط ، عن الصادق عليه السلام : سألته عن قصار دفعت اليه ثوباً فزعم انه سرق من بين متاعه . قال : فعليه ان يقيم البينة ان ذلك سرق . . وان سرق مع متاعه فليس عليه شيء (جامع الاحاديث ٩٩/٢٤) .

ويؤيدها بعض الاخبار غير المعتبرة سندا (المصدر ص ٩٣) .

ومحصل الروايات عدم الاعتناء بقول الاجير والحمال ونحوهما ، فان ادعىٰ احدهم ذهاب المال بغير تفريط فلابد له من أقامة البينة علىٰ دعواه وإلّا فهو ضامن والمستفاد منها عدم الضمان من دون تفريط ولابد من حمل ذيل خبر التهذيب (وعن رجل استأجر اجيراً . .) علىٰ غيره جمعاً . والتخصيص احتمال بعيد . واما إذا كان دعوىٰ الأجير واضحة كما إذا كانت الاجزاء المنكسرة في المحمول مشهوداً فهل يقبل قوله في عدم التفريط ولو بيمينه أو لابد له من اقامة بينة والّا فيضمن؟ فيه وجهان :

الثاني : ما دل علىٰ ضمان العامل المشترك كخبر زيد الذي في سنده اشكال عن آبائه . . كل عامل مشترك إذا افسد فهو ضامن ، فسألته ما المشترك؟ فقال الذي يعمل لي ولك وكذا . (الجامع ٩٣/٢٤) ويؤيدها خبر مسمع (ص ٩٤) وفيه : إلّا من سبع أو غرق . . والاحسن عدم الاعتناء بهذا القسم لعدم قوة سنده .

الثالث : ضمان العامل مطلقاً كصحيح داود بن سرحان ـ بسند الفقيه

ج ١٦٣/٣ ـ تارة إلىٰ البزنطي واخرىٰ إلىٰ داود نفسه وكلاهما معتبر وكذا بسند التهذيب (ج ٢٢٢/٧) إلىٰ محمد بن علي بن محبوب عن ابن أبي نصر عن داود بن سرحان. ولا يضر بصحة الخبر وقوع سهل في سند الكافي وسند آخر للتهذيب (ج ٢٣٠/١٠) كما توهم ـ عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حمل متاعاً علىٰ رأسه فاصاب انساناً فمات أو انكسر منه (شيء ـ يب) هو ضامن (الجامع ٩٦/٢٤) ويؤيده خبر غير معتبر سنداً وبناء على رجوع الضمير في (منه) الى انسان فالرواية لا تشمل ضمان الاموال وهذا الاحتمال غير بعيد.

وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: وكان أمير المؤمنين يضمن القصار والصائغ ـ احتياطا للناس ـ وكان أبي يتطول عليه إذا كان مأموناً.

وفي معتبرة أبي بصير عنه عليه السلام: كان علي يضمن القصار والصائغ، يحتاط به علىٰ اموال الناس وكان أبو جعفر يتفضل عليه إذا كان مأموناًـ جامع الأحاديث ج ٩٩/٢٤.

بناء علىٰ انه عليه السلام يتفضل عليه في عمله الشخصي لا في فتواه حتىٰ يكون مخالفاً لامير المؤمنين عليه السلام لكن التفضل لا يناسب اختصاصه بالامين فقط، فلا حظ ويمكن حمل تفضله علىٰ الاستحباب. وعلى كل تحمل هذه الطائفة على الطائفة الاولي جمعاً فتأمّل.

الرابع: في معتبرة جعفر بن عثمان بسند المشائخ الثلاثة (الجامع ٩٤/٢٤) حمل أبي متاعاً إلىٰ الشام مع جمال، فذكر ان حملاً منه ضاع فذكرت ذلك لابي عبدالله عليه السلام فقال أتتهمه؟ قلت لا قال فلا تضمنه (جامع الاحاديث ج ٩٤/٢٤) وتؤيده جملة من الروايات غير المعتبرة سنداً وتدل عليه أيضاً مكاتبة الصفار المعتبرة سنداً بطريق الشيخ والصدوق (الجامع

١٠١/٢٤) فانها فصلت بين المأمون وغيره في الضمان في القصار وان دفعه إلى قصار آخر.

وكذلك صحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام لا يضمن الصائغ والقصار ولا الحائك الّا أن يكونوا متهمين فيخوف[1] بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً (التهذيب ٢١٨/٧) وفي رجل استأجر (الرجل يستأجر - فقيه) حمالا فكسر الذي يحمل عليه أو يهريقه؟ فقال: (على نحو في العامل - يب) ان كان مأموناً فليس عليه شيء وان كان غير مأمون فهو ضامن.

الرواية بتمامها مذكورة في الفقيه وذيلها مذكور في الكافي والتهذيب مع اختلاف في بعض الكلمات والسند فيها معتبر.

أقول يمكن تقييد اطلاق الطائفة الاولى بهذه الطائفة وان تكليف الحمال بالبينة انما هو في فرض اتهامه وعدم كونه مأموناً فتأمل فيه.

الخامس: ما دل على نفي الضمان مطلقاً كصحيح معاوية المروي في التهذيب عن ابن عبدالله عليه السلام: سألته عن الصباغ والقصار قال: ليس يضمنان. الجامع ٢٤/ ١٠٥

وفي صحيح داود بن سرحان المروي في الفقيه (٨٢/٤) وفي نسختي (ج ١١١/٤ و١١٢ برقم ٥٢٢٢) في رجل حمل متاعاً على رأسه فاصاب انساناً فمات أو انكسر منه فقال: هو مأمون.

قلت: الظاهر انّه يتحد مع الرواية الاولى في القسم الثالث وان لم اجده أنا في الفقيه، لكن في نقل الوسائل وجامع الاحاديث كفاية. فيدور

---

(١) في نسختي من الفقيه: فيجيؤون بالبينة (فيخوف) ويستحلف لعله يستخرج منه شيء (ج ٢٥٧/٣)

الامر بين اشتباه احدى النسختين في الفقيه ويمكن ان نرجح الاولى (ضامن) على الثاني بوجهين:

اولهما مطابقته لنسخة الكافي والتهذيب.

ثانيهما: ان كلمة (مأمون) لا تتناسب المصاب المقتول وليس القاتل مأمونا في حقه إذا كان القتل مستندا إلى فعله ولو خطأ وانما تناسب الفقرة الثانية وهي انكسار المحمول بناء على رجوع الضمير في (منه) الى المحمول دون انسان والله العالم.

ولابد من الجمع بين الروايات المتقدمة، والمتيقن من هذا الجمع حمل المطلقات على المقيدات. على ما عرفت. فالضمان متوجه إلى الاجير المتهم إن لم يقم بينة على دعواه ولم تستبن في حد نفسه وإذا شك في تفريطه بعد احراز أمانته[1] أو مع عدمه وعدم الاتهام ففيه وجهان فلاحظ.

وأما في الدية فان ثبت ان القتل بفعله فحكمها ثابت على نحو ما تقرر في القتل سهواً أو عمداً أو شبيها بالعمد. وإن لم يثبت فلا يبعد الرجوع إلى أصالة عدم استناد القتل إلى فعله، إذ لا مانع منها ومع الغض عنها يجري استصحاب الحكم وهو اصالة عدم الضمان ومع عنه فاصالة البراءة عنه. ومن جميع ذلك يظهر الاشكال على السيد الاستاذ الخوئي في مباني تكملة المنهاج (ج ٢/٢٢٧ ـ ٢٢٥).

٦ ـ من صاح على أحد فمات، فان قصد ذلك أو كانت الصيحة في محل يترتب عليه القتل عادة وكان الصائح يعلم بذلك فعليه القود وإلّا فعليه

---

(١) على المختار من حجية قول الثقة في الموضوعات يرجح الاول بعدم ضمانه مع سكوت المالك وعدم اتهامه اياه.

الدية في ماله لانّه من شبيه العمد خلافاً للشيخ ومن تبعه. هذا إذا علم استناد الموت إلىٰ الصيحة وإلّا فلا شيء عليه لعدم موجبه والاصل عدمه. وكذا إذا شهر أحد سيفه في وجه انسان فمات. ويدل عليه أيضاً معتبرة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: أيما رجل فزع رجلاً عن الجدار أو نفر به عن دابته فخرّ فمات، فهو ضامن لديته. وان انكسر فهو ضامن لدية ما ينكسر منه. (ئل ج ٢٥٢/٢٩ ب ١٥ من موجبات الضمان ح ٢ ـ جامع الاحاديث ج ٣٦٢/٣١) وفي مباني السيد الاستاذ الخوئي (ج ٢٣٧/٢): نعم لو كانت الصيحة لا لاخافة شخص واتفق موته بها كان القتل خطأ محضا، والدية فيه علىٰ عاقلته، ولا شك في أن صحيحة الحلبي منصرفة عن ذلك.

وصاحب الجواهر قدس سره قد تعرّض لجزئيات المسألة ونحن نذكر هنا بعض فروعها:

الاول: إذا لم يمت بفعل المخيف ففرّ والقىٰ نفسه في بئر، أو من اعلىٰ السقف وكان بصيراً، قال الشيخ: لا ضمان، لأنّه ألجأه إلىٰ الهرب لا إلىٰ الوقوع فهو المباشر لأهلاك نفسه فيسقط حكم السبب (لضعفه وقوة المباشر) وكذا (في قوة المباشر) لو صادفه سبع في هربه فأكله.

وقال الشهيد قدس سره في محكي غاية المراد (ص ٣٤ مخطوطة) لان الهارب أما مختار أو مكره فان كان مختاراً فلا ضمان وان مكرها فغايته أن يكون مثل مسألة اقتل نفسك وإلّا قتلتك، فقتل نفسه، فانه لا ضمان، إذ لا معنىٰ للخلاص عن الهلاك بالهلاك.

أقول: أما المثال فقد يكون قتل المكره أشد عذاباً وأكثر ايلاما من قتل نفسه،

وأمّا الممثل ففي الجواهر ج ٦٠/٣): نعم لو فرض زوال عقله

واختياره بسبب الاخافة المفروضة إتجه حينئذٍ الضمان باعتبار قوة التسبيب فيه على المباشر بلا خلاف ولا اشكال.

الثاني: لو كان المطلوب اعمى ضمن الطالب ديته ـ كما عن المبسوط والمهذب ـ لأنّه لاجل العمى صار ملجأ على معنى عدم بقاء حسن اختيار له، وان كان له قصد وشعور فيقوى حينئذٍ على المباشر، بل قالا: وكذا لو كان مبصراً فوقع في بئر لا يعلمها أو انخسف به السقف (لمساواته بالجهل للاعمى في عدم اختيار الوقوع) أو اضطره إلى مضيق فافترسه الاسد لأنّه يفترس في المضيق غالباً فيكون كما لو ربط يديه ورجليه وألقاه اليه، فهو حينئذ وان كان مباشراً إلّا أنه فرق واضح بين الاضطرار إلى المضيق وعدمه. نعم أن علم أنّ في الطريق سبُعا وله طريق آخر فاختاره توجه عدم الضمان هو ليس من الاضطرار إلى المضيق في شيء كما في الجواهر (ج ٦٠/٤٣).

قال السيد الاستاذ في مباني التكلمة (ج ٢٥٧/٢) وأما إذا كان بغير اختيار كما إذا كان اعمى أو بصيراً لا يعلم بالبئر ـ مثلاً ـ فقيل انه يضمن ولكنه لا يخلو عن إشكال، بل لا يبعد عدم الضمان وكذلك الحال إذا اضطره إلى مضيق فافترسه سبع اتفاقاً، وما شاكل ذلك، خلافا لظاهر كلمات الاصحاب، والوجه في ذلك أن الضمان بالتسبيب بما انه على خلاف القاعدة يحتاج إلى دليل بعد عدم صحة اسناد الفعل إلى السبب. وفي المقام بما أن الفعل مستند إلى المباشر دون السبب ولا دليل على ضمانه. لا يمكن الالتزام به. نعم لو تم اجماع على ذلك فهو ولكنه غير تام. انتهى.

الثالث: في الجواهر: ولو خوّف حاملاً فاجهضت، ضمن دية الجنين، بلا خلاف أجده فيه، بل عن المبسوط الاجماع عليه مضافاً إلى

صدق الاتلاف، وخبر يعقوب بن سالم المروي في الكافي (٣٧٤/٧) والتهذيب (٣١٢/١٠) (وفيه: ماساءه مكان ما شاء الله) عن الصادق عليه السلام كانت أمرأة في المدينة تؤتى، فبلغ عمر فبعث اليها فروعها وأمر أن يجاء بها ففزعت المرأة وأخذها الطلق فانطلقت إلى بعض الدور فولدت غلاماً واستهل ثم مات، فدخل عليه من روعة المرأة وموت الغلام ما شاء الله فقال بعض جلسائه: ما عليك من هذا شيء.. فقال لهم أبو الحسن: لئن كنتم اجتهدتم ما أصبتم ولئن كنتم قلتم برأيكم لقد اخطأتم، عليك دية الصبي ومقتضاه كمعقد اجماع المبسوط انه بحكم شبه العمد، ولعله لأنّ الاخافة سبب في اسقاط حملها فهو جناية عليه كوضع شيء ثقيل ونحوه مما يقتضي سقوط الحمل.

وعلى كل فلا إشكال في ضمان الجنين في الفرض، بل ولا في ضمانها أيضاً لو ماتت في حاله مع تعمده اخافة الغير المتلفة غالباً وإلا كان عليه القصاص، ولو لم يتعمدها كانت الدية على العاقلة. نعم لو كان تخويفها من الامام بحق لم يضمن.

٧ ـ لو صدم شخصاً بقصد القتل أو بقصد الصدم المتلف غالباً فقتله يثبت عليه القصاص، كما أنّه لو قصد الصدم غير المتلف غالباً دون القتل، كان عليه الدية وان لم يقصدهما كانت الدية على عاقلة الصادم. لكن في ثبوت الضمان في الفرض الاخير إذا كان المصدوم واقفاً في طريق المسلمين ضيق أو في محل لم يجوزه قانون المرور اليوم بحيث يستند موته أو نقصه إلى تفريطه نظر أو منع كما نص عليه الاستاذ في المباني (ج

٢٢٨/٢)[١].

وأما الصادم المقتول أو الناقص فهدر، إذا كان المصدوم في ملكه أو في موضع مباح، أو في طريق واسع أو نحو ذلك مما لا تفريط فيه من المصدوم، سواء كان الصادم قاصداً أم لا، بلا خلاف يوجد في شيء من ذلك بين من تعرض له.. بل ولا إشكال كما في الجواهر (ج ٦٢/٤٣) وجه عدم الاشكال أن المصدوم لا فعل ولا تأثير له في قتل الصادم، فانّه قتل بفعله، نعم لابد أن يقال بعدم وقوف المصدوم في مكان ممنوع حسب قانون المرور اليوم حتىٰ وان لم يكن هذا القانون غير ممضى بتوسط الحاكم الشرعي بعد صدق التفريط واستناد الاصطدام أو الصدم إلىٰ الواقف وإلّا كان دمه هدراً كما مر وكانت الدية من مال الواقف وإذا كان جاهلاً فعلىٰ عاقلته. وأما إذا قصد بوقفه القتل فالقصاص. نعم إذا كان المصدوم واقفاً علىٰ طريق ضيق أو محل ممنوع بقانون المرور لكن الصادم تعمد الصدم فهو ضامن للدية في ماله، وان كان الصدم متلفاً غالباً فمات، استحق القود. وبذلك ظهر ضمان السيارات والقطارات والطائرات وسائر وسائل المرور والركوب ان شاء الله ولابد من طرح مواد قانون المرور في باب الديات.

٨ ـ إذا اصطدم حران بالغان عاقلان قاصدان ذلك ولم يكن متلفاً غالباً فماتا أو نقصا، فمن كل منهما نصف ديته للآخر في ماله، بلا خلاف يجده صاحب الجواهر (٦٣/٤٣) والنصف الآخر هدر، لان كل واحد تلف أو تعيّب بفعل نفسه وفعل غيره، وعن بعض العامة وجوب الدية تامة لكل منهما علىٰ الآخر ونفي صاحب الجواهر الريب في ضعفه.

---

(١) ولاحظ كتابنا الارض في الفقه.

فان قلت: ربما يكون قوة احدهما ضعفي قوة المصطدم الآخر، فيضمن الاقوىٰ ثلثي الدية، والضعيف ثلثها، قلت: ادعىٰ صاحب الجواهر (ج ٦٤/٤٣) عدم الفرق بين اتحاد جنس المركوب واختلافه وان تفاوتا في الشدة والضعف، بل ولا في الراجلين بين أن يتفق سيرهما قوة وضعفاً أو يختلف بان كان احدهما يعدو والآخر يمشي، لان الاصطدام والحركة المؤثرة إذا وجدت منهما جميعاً اكتفىٰ به ولم ينظر إلىٰ مقادير المؤثر وتفاوت الأثر كالجراحة الواحدة والجراحات. فلاحظ.

وفي الجواهر أيضاً: ولا فرق في الحكم بين المقبلين والمدبرين والمختلفين والبصيرين والاعميين والمختلفين.

وفي الشرائع: ويستوي في ذلك الفارسان والراجلان، بل والفارس والراجل. وفي مباني التكملة للاستاذ (ج ٢٢٩/٢): إذا كان احدهما اعمىٰ أو كلاهما فجنايته علىٰ عاقلته.

أقول: يعتمد السيد الخوئي ﷺ وفاقاً لجماعة من القدماء وخلافا لجماعة من المتأخرين على رواية الحلبي وأبي عبيدة (ئل ج ١٩/الباب ١٠ من أبواب العاقلة والباب ٣٠ من أبواب قصاص النفس ولاحظ تفصيله في ج ٨٢/٢ من المباني).

وفي الجواهر (ج ٦٤/٤٣): وعلىٰ كل حال: يقع التقاص في الدية والقيمة ويرجع صاحب الفضل ـ إن كان فيهما أو في أحدهما علىٰ تركة الآخر.

ولا يخفىٰ أنه ربما يقصد أي القتل، وربما يكون التصادم خطأ محضاً وربما يختلفان من هذه الجهة فلكل منهما حكمه. غير ان ضمان المركوب لامد خلية للعاقلة فيه، فالقيمة أو الارش في مال المصطدم دائماً.

بقيت في المسألة فروع:

أوّلاً: قيل: فرق واضح بين المقام الذي اشتركا معاً في الجناية ـ ولذا اهدر النصف وبين ما إذا عثر انسان بجالس فماتا معاً. فان الدية واجبة لا يهدر منها شيء، وذلك لان كلا منهما قد مات بسبب انفرد به صاحبه، إذ الجالس قتل العاثر مباشرة والعاثر مات بسبب كان من الجالس، فهو كما لو حفر بئراً في غير ملكه ثم جاء رجل فجرح الحاضر (فر ـ ظ) وسقط الجارح في البئر، فان الجارح قتل الحافر مباشرة والحافر قتل الجارح بالتسبيب.

أقول: يحتمل وقوع الاشتباه في العبارة وان أصلها: إذا العاثر قتل الجالس مباشرة. أو أن العبارة التالية اصلها هكذا: والجالس مات بسبب من العاثر. وعلىٰ كل، يمكن أن يقال انه لم يصدر من الجالس فعل اصلاً، فهو غير مباشر ولا سبب، فهو كالنائم وديته علىٰ العاثر أو عاقلته، وامّادية العاثر فهدر إذا كان الجالس غير مقصر في موضع جلوسه.

ثانياً: وفي معنىٰ التصادم ما لو تجاذبا حبلاً فانقطع وسقطا وماتا، هذا إذا كانا مالكين للحبل أو غاصبين. أما لو كان احدهما مالكاً والآخر غاصباً فدم الغاصب هدر. ولو قطعه ثالث عند تجاذبهما ضمنهما في ماله أو عاقلته، مالكين كانا أو غاصبين أو مختلفين، وان تعدىٰ الغاصب بالامساك والجذب، فان المباشر هو الغاصب.

ثالثاً: لو تصادم فارسان فمات الفرسان أو تعيبا فعلىٰ كل منهما نصف قيمة الفرس الآخر أو نصف الارش (لما عرفت من) ان التلف أو العيب مستند إلىٰ فعلهما معاً وعليه فبطبيعة الحال يضمن كل منهما نصف الآخر، فان تساوت القيمتان فلا شيء عليهما لاجل التهاتر، وإلّا رجع صاحب

الزيادة في زيادته على الآخر كما في الجواهر (٦٥/٤٣) وقال السيد الخوئي في مبانيه: هذا كله إذا كان التلف مستنداً إلى فعل الفارس، واما إذا استند إلى أمر آخر كاطارة الريح ونحوها مما هو خارج عن اختيار الفارس لم يضمن شيئاً ومثله ما إذا كان الاصطدام من طرف واحد، فانه لا ضمان حينئذٍ على الطرف الآخر لعدم استناد التلف اليه اصلاً، ثم قال: ويجري ما ذكرنا من التفصيل في غير الفرس من المراكب، سواء أكان حيواناً أم سيارة أم سفينة أم غيرها (ج ٢٢٩/٢).

وقد تصدى المحقق وصاحب الجواهر لاصطدام سفينتين مفصلاً في المسألة الخامسة (ج ١١٠/٤٣) ولم يتعرض له السيد الاستاذ لفهم حكمه من هذا المقام.

رابعاً: إذ اصطدم صبيان راكبان بانفسهما أو باذن وليهما اذنا سائغاً فماتا فعلى عاقلة كل منهما دية الآخر، فان عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة ونصف ديتهما هدر لما مر. والحق في الجواهر المجنون بالصبي، ولابد من اراءة دليل على أن عمده خطأ تحمله العاقلة. ولو اركب الصبيين وليهما من دون مصلحة[1] أو أركبهما اجنبي، فان ضمان دية كل منهما بتمامها على المركب بلا خلاف كما في الجواهر (٦٦) وكذا دابتيهما لعدم قصور اركاب الطفل عدوانا عن حفر البئر كذلك، فيضمن ما يترتب عليه وان كان بعمد الصبي، فان الشارع جعله بحكم الخطأ.

وفيه أيضاً: وحينئذ فان كان واحداً ثبت عليه دية الصبيين وقيمة الدابتين، وان كان اثنين ـ مثلاً ـ ثبت على كل واحد نصف قيمة كل واحدة

---

(١) ويتحمل عدم اعتبار المفسدة دون تحقق المصلحة فلاحظ.

من الدابتين ، لأن الذي اركبه متعديا اتلف النصفين فيضمنه ويجب على كل واحد نصف دية الراكب .

لكن في كشف اللثام وعن المبسوط : أن دية الراكب على عاقلة المركب . وفيه انه سبب فيتجه عليه كما هو ظاهر ، انتهى .

وخامساً إذا اصطدما ومات احدهما يضمن الباقي نصف دية الميت والنصف الآخر هدد ، لأنه من جنايته ، لكن في رواية غير معتبرة بصالح بن عقبة المجهول عن الكاظم عليه السلام : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في فارسين اصطدما فمات أحدهما فضمن الباقي دية الميت . ومثله رواية المروزي بلفظ : في الفرسين ، وهي أيضاً غير معتبرة بجهالة ثلاثة من رواتها على أن المحقق قدس سره نسب الرواية إلى الشذوذ . وفي الجواهر : لم أجد عاملا بها .

أقول : وتحمل على نصف الدية فانه هو دية هذا الميت وليس في الرواية تمام الدية ، والله اعلم .

وسادساً لو تصادم الحاملان فاسقطتا وماتتا ، سقط نصف دية كل واحدة منهما بجنايتها على نفسها وضمنت نصف دية الاخرى . اما الجنين فيثبت في مال كل واحدة نصف دية جنين كامل مع القصد إلى الاصطدام وإلّا فعلى العاقلة ، وان لم يعلم ذكورة الجنين وأنوثته فربع دية الذكر وربع دية الانثى .

أقول : لابدّ من حمل العبارة على ضمان نصف دية كل من الجنين ليكون على كل واحدة منهما بمقدار دية كاملة للجنين . وهذا لا يفهم من عبارة الجواهر ومباني التكلمة فلاحظ .

٩ ـ إذا مرّ بين الرماة فاصابه سهم أحدهم مثلاً فالدية على عاقلة الرامي لكونه مخطئاً في فعله وقصده وإلّا كان عليه القود أو الدية في ماله .

ولعلّ المشهور انه لو ثبت ان الرامي قال: حذار، وسمع وكان متمكناً من العدول لم يضمن عاقلة المار أيضاً لخبر الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان صبيان في زمان علي عليه السلام يلعبون باخطار لهم فرمى أحدهم بخطره فدّق رباعية صاحبه فرفع ذلك إلىٰ أمير المؤمنين عليه السلام فاقام الرامي البينة بانّه قال: حذار، فدرأ عنه القصاص. ثم قال: قد اعذر من حذّر. ورواه الصدوق في الفقيه والعلل والشيخ في التهذيب (ئل ج ٦٩/٢٩ باب ٢٦ من أبواب قصاص النفس).

لكن جميع الاسانيد ينتهي إلىٰ محمد بن الفضيل وهو مجهول ولا أقل من أشتراكه خلافاً لصاحب الجواهر حيث وصفه بأنّه حسن كالصحيح. وثانياً عمد الصبي خطأ فلا قصاص عليه حتىٰ يدرأ بالحذار. وثالثاً اقامة البينة للصبي بعيد.

والاظهر حجية فتوىٰ المشهور لاجل أن المار هو الذي اقدم علىٰ تلف نفسه، نعم لابد من فرض جهالة الرامي أيضاً كما ذكره السيد الاستاذ في مباني التكملة (ج ٢٣٢/٢).

فرع: لو كان مع المار المذكور صبي ـ مثلاً ـ غير متميز فقربه من طريق السهم لا قصداً فاصابه، فالضمان علىٰ من قربه كما عن القاضي والتحرير، لا علىٰ الرامي، لانه عرضة للتلف تعريضاً شبيها بالمباشرة ولكن تردد العلّامة في قواعده تبعاً لصاحب الشرائع ومحكي المبسوط من أجل تقديم المباشر علىٰ السبب مع الاجتماع كما اختاره الفخر فجعل الضمان علىٰ عاقلة الرامي. وهنا قول رابع اختاره في الجواهر (٧٠/٤٣) قلت: الظاهر كون الفرض من مصاديق موضوع المباشرة والتسبيب، ولا ريب في تقديم الاول مع فرض اتحادهما في العلم لقوة المباشر علىٰ غيره واحتمال

الشركة ضعيف. فيترتب حينئذٍ القصاص والدية على عاقلة الرامي أو عليه على اختلاف الصور كما انّه يقدم العالم منهما على الجاهل.

وللسيد الاستاذ الخوئي ﷺ قول خامس فجعل نصف الدية على العالم بالحال ونصفها الآخر على عاقلة الجاهل، وقال في توضيحه: ان كلا من المصطحب والرامي تارة يكون عالماً بان العبور من هذا المكان في معرض التلف واخرىٰ يكون جاهلاً، وثالث يكون احدهما عالماً والآخر جاهلاً فعلى الاول لا يبعد اشتراكهما في القتل، لاستناده إلى كليهما عرفا، غاية الامر أنّ القتل على الاول يدخل في القتل الشبيه بالعمد، لانصراف أدلة القتل الخطأ المحض عن ذلك، فتكون الدية عليهما، وعلى الفرض الثاني على عاقلتهما وفي الثالث القتل مستند أيضاً إليهما، غاية الأمر بالاضافة إلى الجاهل خطأ محض وإلى العالم شبيه عمد. وكذلك في غير الرمي من أسباب القتل (ج ٢٣٢/٢ من المباني) ولعل قول الجواهر أظهر.

وفي الجواهر (٧٠/٤٢) أيضاً: ولعل ذكر المصنف صبياً لكونه اظهر الافراد، وإلّا فلو قدم بالغاً على وجه يكون كتقديم الصبي ترتب الحكم، ولو تقدم الصبي نفسه ولم يقرّ به أحد فالضمان على الرامي مع التعمد قصاصاً، أو دية، وعلى العاقلة بدونه.

أقول: والاقوىٰ ذلك، حذّر أم لم يحذّر وفاقاً لكاشف اللثام وخلافاً لصاحب الجواهر لضعف رواية الكناني السابقة.

١٠ ـ إذا اخطأ الختان فقطع حشفة غلام، ضمن في ماله، لانّه من شبيه العمد، إلّا أن يأخذ البراءة في فرض القصور. ويؤيده رواية السكوني: أنّ علياً ضمّن ختاناً قطع حشفة غلام (ئل ج ٢٩ ب ٢٤ من موجبات الضمان ح ٢).

١١ ـ إن وقع من علو على غيره فقتله ، فان قصد ذلك وكان الوقوع مما يقتل غالباً أو قصد القتل به فهو قاتل عمد ، ان كان لا يقتل غالباً وقصده دون قتله فهو شبيه عمد يلزمه الدية في ماله ، وان وقع بقصد آخر فوقع عليه فهو قتل خطأ محض يضمن عاقلته الدية . وان اضطر كما لو ألقاه الهواء أو زلق أو نحوهما مما لا يسند الفعل إليه فلا ضمان على العاقلة أيضاً ، وهذا واضح في نفسه مضافاً إلى صحيح عبيد بن زرارة ـ على المشهور ـ قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع على رجل فقتله ، فقال : ليس عليه شيء (ئل ب ٢٠ من أبواب القصاص في النفس ج ٥٦/٢٩) وصحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام قال في الرجل يسقط على الرجل فيقتله؟ فقال : لا شيء عليه ، وقال من قتله القصاص فلا دية له (المصدر ص ٥٦ وص ٥٧) .

وموثقة ابن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يقع على رجل فيقتله فمات الاعلى؟ قال : لا شيء على الاسفل (المصد ص ٥٧) .

قلت : ومنه يعلم عدم الضمان على النائم إذا قتل أحدا بحركته ، فانه لا قصد له ولا يسند الفعل إلى قصده فالفرق بين المسألتين كما في الجواهر وغيره بضمان النائم مشكل أو ممنوع .

وأما احتمال كون ديته ـ أي دية الذي وقع الواقع عليه على بيت المال فدفعه صاحب الجواهر (٧٣/٤٣) بقوله : الاصح خلافه ضرورة عدم قتل أحد له ، بل هو شبه المقتول بصاعقة ونحوها .

وكذا لو دفع أحد شخصاً على ثالث فقتل ، بحسب القاعدة التي عرفتها انفاً ، فدية المدفوع ان مات على الدافع وكذا قوده في فرض القصد

والعمد بشروطه، بلا خلاف نصاً وفتوىٰ، بل ولا اشكال كما في الجواهر. واما دية الاسفل فهو أيضا علىٰ الدافع كالقصاص له في فرض قصد القتل كما عن المشهور، بل لا خلاف فيه بين المتأخرين إلّا من نادر ضرورة كونه كمن هدم جدارا عليه ولكن عن الشيخ أنها علىٰ الواقع ويرجع هو علىٰ الدافع لصحيح عبدالله بن سنان بطريق الصدوق عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل دفع رجلاً علىٰ رجل فقتله، فقال الدية علىٰ الذي وقع علىٰ الرجل فقتله اولياء المقتول، قال ويرجع المدفوع بالدية علىٰ الذي دفعه، قال: وان اصاب المدفوع شيء فهو علىٰ الدافع أيضا (ئل ب ٥ من أبواب موجبات الضمان ج ٢٣٨/٢٩).

وعن كشف اللثام حملها علىٰ أن اولياء المقتول لم يعلموا دفع الغير له. وفي الجواهر (٧٣/٤٣) أو تطرح للاجماع كما قيل) علىٰ عدم العمل بظاهرها المقتضىٰ للقصاص علىٰ الدافع مع قصد القتل أو كون الشيء مما يقتل غالباً فتأمل جيداً.

وعلىٰ كل، وممن عمل بالصحيحة تخصيصاً للقاعدة سيدنا الاستاذ قدس سره في المباني ج ٢٣٤/٣.

١٢ ـ لو ركب جارية جارية أخرىٰ فنخستها جارية ثالثة فقمصت الجارية المركوبة قهراً وبلا اختيار فصرعت الراكبة فماتت، فالدية علىٰ الناخسة دون المنخوسة وفاقاً للسيد الاستاذ الخوئي رحمه الله في مباني تكملة المنهاج لاستناد الموت إلىٰ فعل الناخسة فيدخل في القتل الشبيه بالعمد. وفي رواية الاصبغ (ب ٧ من موجبات الضمان) قضاء علي عليه السلام بديتها بين الناخسة والمنخوسة وبه قال جمع، لكنها ضعيفة بعدة من رواتها ودعوىٰ الانجبار بالشهرة مدخولة، صغرىٰ وكبرىٰ وعن جمع أن علىٰ الناخسة

والوامقة ثلثا الدية ويسقط الثلث من جهة ركوب الواقصة عبثاً لمرسلة الارشاد ، لكنها غير حجة .

تنبيه : إن ما اخرجه ابن ادريس وتبعه جمع منهم صاحب الجواهر من ايجاب الدية على الناخسة ان كانت ملجأة للقامصة وايجابها على القامصة ان لم تكن الناخسة ملجأة لهما ، صحيح وقول الاستاذ يرجع اليه ، لكن اشكله الشهيد بأن الاكراه على القتل لا يسقط الضمان وبان القموص ربما كان يقتل غالباً فيوجب القصاص .

أقول : اما الاول فالبحث في الالجاء دون مطلق الاكراه وأما الثاني . فالقمص ـ هو النفرة ـ لا يستلزم بحسب ذاته الوقوع فضلاً عن كونه مما يقتل غالباً فيكون من باب الاسباب لا الجنايات ، نعم لو فرض على حال يكون كذلك أو قصد القتل به وكان على حال يقتل نادراً اتجه القصاص كما في الجواهر (٣٤/٧٦) .

ملحقات

١ ـ المشهور المدعىٰ عليه الاجماع ان من دعا غيره ليلاً، فاخرجه من منزله فهو له ضامن حتى يرجع إلىٰ منزله، فان فقد ولم يعرف حاله فعليه الدية، ويدل عليه روايتان ضعيفتان سنداً (ئل ب ١ من أبواب القصاص في النفس ج ٥١/٢٩ و٥٢) ولا نقول بالانجبار ولا بحجية الشهرة والاجماع المنقول وتصحيح السيد الاستاذ في مباني تكملته (ج ٢٣٦/٢) ضعيف جداً فالتوقف لازم وللمسألة فروع مذكورة في الجواهر (ج ٧٨/٤٣).

٢ ـ ان الظئر ـ أي المرضعة ولد الغير والعاطفة عليه ـ إذا جاءت بالولد وانكره أهله صدقت ما لم يثبت كذبها. فان علم كذبها وجب عليها احضار الولد. ففي صحيح الحلبي قال: سألت أبا عبدالله عن رجل استأجر ظئراً فدفع إليها ولده فغابت بالولد سنين، ثم جاءت بالولد وزعمت أمه انها لا تعرفه، وزعم اهلها انهم لا يعرفونه، فقال: ليس لهم ذلك، فليقبلوه انما الظئر مأمونة (ئل ج ٢٦٧/٢٩ ب ٢٩ من موجبات الضمان) بل عليها الدية بلا خلاف يجده صحاب الجواهر في فرض ظهور كذبها وعدم إحضار من يحتمل انه هو بعد اصالة البراءة عن القصاص ويظهر من الشهيد في حواشيه نسبته إلىٰ قواعد الفقهاء (ج ٨٤/٤٣ من الجواهر) وانكره السيد

الاستاذ (ج ٢٣٨/٢ من المباني) تضعيفاً للاجماع . نعم لو استأجرت أخرىٰ ودفعته بغير اذن اهلها فجهل خبره ضمنت الدية كاملة لجملة من الروايات المعتبرة (ئل ٢٦٧/٢٩) وبفحواها استدل صاحب الجواهر علىٰ ضمانها في الفرض الاول . وفي الجواهر ص ٨٥ : بل لعله كذلك إذا لم يأذنوا بالتسليم وان اذنوا بالاستيجار كما صرح به في كشف اللثام .

ولو علم موته حتف أنفه عند الثانية ففي الضمان وجه كالمال للتفريط وفي المباني (ج ٢٤٠/٢) لاطلاق الصحيحة وبالاولوية .

وفي الجواهر في الفرض المذكور : وهل للولي الرجوع علىٰ الثانية؟ وجه أيضاً وان رجعت هي مع فرض الغرور؟ لم أجد ذلك محرراً في كلامهم واصالة البراءة وقاعدة عدم ضمان الحر محكمة ٨٥ أقول : هو متين .

فائدة : عن الشهيد في حواشيه : ان من قواعد الفقهاء ان الحر لا يضمن باثبات اليد عليه ، إذ لا أثر لليد في غير المال . واستثنىٰ من هذه القاعدة ثلاث مسائل : مسألة الظئر ومسألة المنادي غيره ليلاً ومسألة تلف الصبي المغصوب بتلف الغاصب كلدغ الحية وأشباه ذلك (٨٤/٤٣) .

٣ ـ في صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في اربعة شربوا مسكرا (فسكروا) فأخذ بعضهم علىٰ بعض السلاح فاقتتلوا ، فقتل إثنان وجرح اثنان ، فامر المجروحين فضرب كل واحد منهما ثمانين جلدة ، وقضىٰ بدية المقتولين علىٰ المجروحين وأمر ان تقاس جراحة المجروحين فترفع من الدية ، فان مات المجروحان فليس على أحد من اولياء المقتولين شيء (ئل ٢٣٢/٢٩ ب ١ من أبواب موجبات الضمان) .

أقول: عن المسالك: عمل بمضمونه كثير من الاصحاب وعن التنقيح عمل أكثر الاصحاب به. وفي الجواهر: لم يحك العمل الا عن أبي علي والقاضي (٩١/٤٣) وقال أيضاً: الذي يقتضيه الاصول في مثله جريان حكم اللوث أو سقوط الدية والقصاص عن كل منهم لعدم العلم بالحال. (المصدر ٩٣).

أقول: لا بأس بالعمل بالراوية في موردها ويؤيدها خبر عبدالله بن الحكم (يب ١٥٣/١٠ و١٥٤) وان لم ينقله الحر ﷺ في وسائله ولاحظ تفصيل فروع المسألة في الجواهر (٩٣/٤٣).

٤ ـ في الفقيه (ج ١١٦/٤٣): وقضىٰ امير المؤمنين عليه‌السلام في ستة نفر كانوا في الماء فغرق منهم رجل فشهد منهم ثلاثة علىٰ اثنين انهما غرّقاه وشهد اثنان على ثلاثة انهم غرّقوه فالزمهم الدية جميعاً الزم الاثنين ثلاثة اسهم بشهادة الثلاثة عليهم والزم الثلاثة سهمين بشهادة الاثنين عليهم. وسند الصدوق إلىٰ قضايا أمير المؤمنين معتبر. لكن في الروضة: هي مع ضعف سندها (لعله يريد بها رواية السكوني دون هذه) قضية في واقعة ـ كما ذكره صاحب الجواهر أيضا ـ مخالفة لاصول المذهب فلا يتعدىٰ، والموافق لها من الحكم ان شهادة السابقين ان كانت مع استدعاء الولي وعدالتهم قبلت ثم لا نقبل شهادة الآخرين للتهمة، وان كانت الدعوىٰ علىٰ الجميع أو حصلت التهمة عليهم لم تقبل شهادة أحدهم مطلقاً ويكون ذلك لوثا يمكن اثباته بالقسامة (حاشية الفقيه الطبعة الجديدة)

وفي الشرائع (٩٦/٤٣ من الجواهر): وهذه الرواية متروكة بين الاصحاب، فان صح نقلها كانت حكماً في واقعة فلا تتعدىٰ، لاحتمال ما يوجب القصاص. (وانما حكي العمل بها عن القاضي) والله العالم بحقيقة احكامه.

البحث الثاني في الاسباب

عرّف السبب بما لولاه لما حصل التلف، لكن علة التلف غيره كحفر البئر ونصب السكين والقاء الحجر، فان التلف عنده بسبب العثار.

وعرف ايضاً بانه كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر في غيرالملك وكطرح المعاثر في المعابر.

وفي الجواهر بعد كلام: ليس في شيء من النصوص جعل لفظ السبب والعلة والشرط عنوانا للحكم.. وانما المدار على صدق نسبة الفعل وهو (قَتَل) ونحوه أونسبة المصدر وهو القَتل وان لم تتحقق نسبة القتل كما في قتل النائم ونحوه. وعلى ما ثبت من الشرع به الضمان من هذه المسماة بالشرائط عندهم او الاسباب، نعم ليس في النصوص استقصاء لها، ولكن ذكر جملة منها فيها، ومنه يظهر وجه الحاق ما ماثلها به، وظاهرهم أنّ السبب الموجب للدية الذي هو بمعنى الشرط الذي لا يوجب ضمانا إلّا في مال المسبب، ولا يكون على العاقلة منه شيء، ولعله لاطلاق الضمان في النصوص على وجه ينسب إليه، ولعدم صدق القتل خطأ عليه مع اصالة براءة ذمة العاقلة[1].

والكلام في تفاصيل المقام في ضمن مسائل:

١ ـ إذا ادخلت المرأة اجنبيا في بيت زوجها فقتله الزوج او غيره فهل

---

(١) ج٤٣/٩٧ وفيه ايضاً (١٤٨/٤٣): فكأن الشرائط جميعها ضمانها على المسبب دون العاقلة للاطلاق الأدلة. فتأمل.

تضمن المرأة ديته؟ والاقوىٰ عدم الضمان وفاقاً لجمع ولعله المشهور كما ذكره السيد الاستاذ في المباني (٢٤٠/٢) والرواية الدالة على ضمانها ضعيفة سندا (ئل ب٢٣ من القصاص في النفس) والاصل عدم الضمان.

٢ ـ لو وضع حجراً في ملكه لم يضمن دية العاثر به، كما قالوا، ولو وضعه في ملك غيره أو في طريق مسلوك وعثر به شخص. فمات او جرح ضمن ديته وكذلك لو نصب سكيناً أو حفر بئراً في ملك غيره أو في طريق المسلمين فوقع عليه أو فيها شخص فجرح أو مات ضمن ديته. نعم إذا كان العابر عالماً بالحال فلا ضمان له، لانه اقدم على قتل نفسه باختياره فدمه هدر. وإليك الروايات المتعلقة بالمسألة:

فمنها صحيح الكناني عن الصادق عليه السلام: من أضّر بشيء من طريق المسلمين فهو ضامن (ئل ج ٢٤١/٢٩ ب٨ من موجبات الضمان).

الظاهر خروج الحديث عن محل البحث، فان مدلوله ضمان ما اضرّ بالطريق فقط ولا دلالة على ضمان الاموال والنفوس المتضررة به.

ومنها موثقة سماعة قال: سألت أبا عبدالله عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه؟ فقال: اما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان، واما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك، فهو ضامن لما يسقط منه (ئل ٢٤٢/٢٩).

ظهور الرواية في عدم الضمان بالحفر في المملوكة، وفي الضمان بالحفر في غيرها واضح، لكن انصرافها عن فرض علم العابر ايضاً واضح.

وهل التفصيل فيها بين المملوكة وغيرها تعبدي صرف حتى يشمل الحفر الناشي بغرض عدواني في المملوكة والحفر الناشيء في غيرها بغرض نفع المارة، فيه بحث سبق وسيأتي ايضاً.

ومنها صحيح الحلبي انه سأل ابا عبدالله عليه السلام عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه (ئل ج٢٩/٢٤٣ ب ٩ من موجبات الضمان).

الرواية ظاهرة في ضمان تلف الاموال والنفوس او تعيب بالتسبيب، والمفهوم عرفاً انه لا خصوصية للطريق فتشمل مطلق ما لا يملك كما يظهر من سابقتها.

وسبب الضمان ليس وضع شيء على الطريق كما فرضه السائل بل كل شيء يضر بطريق المسلمين كما قيده الامام في جوابه، فاذا كان الطريق موسعاً ووضع شيئاً عليه، فتلف به شيء من باب الاتفاق فالظاهر عدم استلزامه الضمان وبه يقيد اطلاق الرواية المتقدمة، فان عدول الامام عن سؤال الراوي ظاهر في تحديد سببية الضمان بما يضر بالطريق.

ويؤيدها روايتان آخريتان لزرارة اللتان في صحة سندهما نظر، خلافاً للسيد الاستاذ الخوئي رحمه الله.

فروع للمسألة

منها ما ذكره جمع من انه لو حفر في طريق المسلمين ما فيه مصلحة العابرين فاتفق وقوع شخص فيه فمات، لا يضمن الحافر وذهب جماعة إلى الضمان ج٤٣/٩٩ من الجواهر.

مقتضى اطلاق الموثقة المتقدمة الضمان ومقتضى صحيح الحلبي عدمه، لان ما فيه مصلحة العابرين ليس بمضر للطريق بما هو طريق.

ويمكن ان نفصل ونقول انه إذا تحفر الحفيرة لمصلحة المسلمين أو اهل

البلد لاجل الهاتف وايصال الغاز والبرق والمياه ونحوها. وربما لمصلحة العبور والمرور كالتبليط والتوسعة فيقال بالضمان في الأول اذا لم يكن باذن من ولي الأمر، واما الثاني فان نصب عملة البلدية أو سائر الدوائر الحكومية او الشركات الاهلية علامة على الحفيرة بعد الحفر كما هو المرسوم اليوم، فلا ضمان وان لم ينصبوا علما عليها فيحكم بالضمان بالنسبة إلىٰ السيارات المارة وركابها، واما بالنسبة إلىٰ المشاة العابرين واموالهم ففيه وجهان. ثم ان استند عدم نصب العلامة من قبل العملة إلىٰ نفس البلدية او سائر الدوائر فالضمان عليها وان استند إلىٰ العملة فالضمان عليهم.

وللجواهر (١٠٢/٤٣) تفصيل آخر فحكم بالضمان مع عدم اذن الامام لاطلاق النص وبعدمه مع إذنه فان ولايته اقوى من ولاية المالك.

اقول: ويلحق به نائبه العام.

ومنها انه الحق في الشرائع والجواهر[١]، المكان المباح بالمملوكة في عدم الضمان، واستدل له في الجواهر (٩٧/٤٣) بالنبوي: البئر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار (ب ٣٢ موجبات الضمان ج٢٩/٢٧١ و٢٧٢ من الوسائل) بناءاً على كون المراد منه هدر ديته الواقع في مثل البئر المحفورة في الاراضي المباحة وكذا من يتلف بركوب دابة أو استخراج معدن.

اقول: له ثلاثة اسانيد ولا يبعد اعتبار احدها على ان المجموع ربما يفيد الاطمئنان. و عن نهاية ابن الاثير: ان البئر هي العادية القديمة لا يعلم لها حافر ولا مالك، فيقع فيها الانسان وغيره فهو جبار اي هدر. اقول: هو

---

(١) ونسبه في الجواهر إلىٰ تصريح غير واحد.

اجتهاد منه ، والعمدة اطلاق الحديث ومقتضاه عدم الضمان بموت اجير ينزل فيها لغرض ، وكذا إذا انهار المعدن على من يعمل فيه فهلك لم يؤخذ به مؤجره إلّا ان يشترط الضمان في ضمن العقد.

لكن كل ذلك في البئر فقط وفي غيره يرجع إلىٰ موثقة سماعة الدالة على الضمان بالحفر في غير ما يملك ، بل هي كالصريح في الضمان بحفر البئر فلا بد من علاج التعارض بينها وبين كون البئر جبار.

لا يقال : النسبة بينهما عموم وخصوص مطلقاً فيقيد الجبار ببئر في ملك الحافر ، وفي ملك الغير ليست بجبار.

فانه يقال : عليه يلغو عنوان البئر إذ كل شيء في ملك الحافر جبار لا يوجب الضمان . ودعوىٰ انصراف الخبر عن المكان المباح كما ادعاه صاحب الجواهر ، غير ظاهر . ومنه يظهر ضعف حكمه باصالة عدم الضمان (٩٨/٤٣) ولا يحضرني وجه جمع مقبول والله العالم.

ومنها : انه لو حفر في منزله أو ارضه بئراً او حفيرة أو وضع شيئاً آخر ، ثم ادخل اعمى أو غيره في الظلمة ولم يعلم بالحال ضمن كما عن تصريح جماعة به ، لاستناد التلف إليه وفي الجواهر ج٤٣ ص٩٨ عملاً بادلة الضرر ، ولعله يريد ان عدم الحكم بضمان الحافر ضرر على الواقع وفيه بحث سبق في قاعدة الاحترام ولا يبعد انصراف موثقة سماعة عن مثله.

ومنها انه لو وضع حجراً وآخران حجراً آخر فعثر بهما انسان . فمات او تلف منه عضو ، احتمل تقسيط الضمان أثلاثاً بعدد الجناة وان يكون النصف على الاول والنصف على الباقين تقسيطاً له على عدد السبب ، فانه حجران احدهما وضعه الاول فعليه النصف والآخر وضعه اثنان فعليهما النصف ، ولعل الاول اوفق بما تقدم سابقاً من التوزيع على عدد الجناة دون

الجناية في الجروح ونحوها وان اتحد من احدهم وتعدّد من الآخر كما في الجواهر ج٤٣/٩٩.

ومنها: لو جاء السيل بحجر فلا ضمان على احد بلا خلاف ولا إشكال وان تمكن من ازالته، نعم ان نقله إلى موضع آخر من الشارع ضمن. ولو كان مثل الاول او اقل سلوكا منه كما عن كشف اللثام ومحكى الايضاح وغيره ولعله لاطلاق النصوص المزبورة، وربما اشكله بعضهم من جهة قاعدة الاحسان وردّه في الجواهر بان الاحسان في رفعه لا في وضعه في مكان آخر ولو كان اقلا سلوكاً. وما ذكره ارجح. وعلى كل يلحق بالحجر الوسائل النقلية في عصرنا بانواعها وكل الاشياء المانعة من المرور في هذه المسألة وسائر المسائل.

ومنها لو وضع حجر ا مع الحجر الذي جاء به السيل فعثر بهما انسان فمات او انكسر امكن التقسيط فيضمن النصف حينئذ ويهدر النصف الآخر وامكن ضمان الجميع على الواضع، الا ان الأول اوفق بالعدل واصل البراءة وغيرهما كما في الجواهر (٤٣/١٠٠).

ولو فرضنا انه حفر بئراً امكان وضع الحجر فعن القواعد ضمان الجميع على الحافر على بحث طويل فيه في الجواهر.

ومنها: انه ورد في معتبرة ابي بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن غلام دخل دار قوم يلعب فوقع في بئرهم هل يضمنون؟ قال ليس يضمنون، فان كانوا متهمين ضمنوا (ئل ٢٩/٢٥٥ ب١٨ من موجبات الضمان).

اقول في وثاقة وهيب بن حفص الواقع في سندها مناقشة ما. واما المتن ففي الضمان بالاتهام اشكال ولذا قال في الجواهر: لعل الضمان

ضمان قسامة لا مطلقاً. وهو انسب بالقواعد.

ومنها: ان قضية اطلاق موثقة سماعة ضمان من حفر في ملك الغير وان وقع فيه من دخل في ملك الغير بغير اذن مالكه؛ بل كان سارقاً وغاصباً، فوقع في البئر وان كانت مكشوفة خلافاً للعلّامة حيث حكم بعدم الضمان في هذه الصورة. والاظهر قول العلامة والا فلا بد من التوقف ولا يمكن العمل بالاطلاق.

ومنها انه لو حفر في ملك الغير باذنه فوقع فيها احد ومات لا ضمان على الحافر بلا خلاف كما قيل ولا اشكال ويلحق باذن المالك اذن الحاكم الشرعي، بل لو حفر بغير اذنه ثم رضىٰ به المالك بقاءاً سقط الضمان من الحافر لان الابقاء كالاحداث كما عن جمع، خلافاً لبعضهم ج١٠٢/٤٣).

ومنها: انه لو كان الحفر في ملك مشترك ففي القواعد احتمل الضمان ونصفه ان كان الشريك واحداً والثلثين ان كان اثنين وهكذا، والنصف مطلقاً.

وفي الجواهر (١٠٣) ولكن لا يخفىٰ ان المتجه الاول كما عن الفخر والكركي والفاضل في التحرير، ضرورة كونه متعدياً بالحفر كله بعد الاشاعة. واحتمال عدم تعديه مطلقاً بل بالنسبة إلىٰ حصة شريكه فيضمن ما قابل المتعدي فيه، أو ان المتردي تلف بالحفر وبعضه غير متعد فيه، فيكون قد تلف بسببين، أحدهما مباح والاخر محرم. فيكون عليه النصف، إذ لا عبرة بتعدد أحدا لسببين وكثرته كما ترىٰ والله العالم.

اقول: موضوع الضمان الحفر في ملك غيره وهو لا يصدق في المقام لاشتراك الملك فقول الجواهر مشكل.

ومنها انه لا فرق في الحكم بالضمان بما يضر بطريق المسلمين ـ كما

في صحيح الحلبي السابق ـ بين حفر بئر أو حفيرة او بناء او غير ذلك وهو واضح كما انه لا فرق في البناء بين كونه بيتاً او دكة او مسجد او غيرها على انه لا يجوز البناء المذكور في الطريق الذي احياه العابرون بالمرور من جهة الحكم التكليفي.

وهل يجوز البناء وغيره فيما لا يضر بالمرور والمارة في الحال والمستقبل، إذا كان الارض قبل جعله طريقاً من المباحات؟ الظاهر جواز ذلك تكليفاً لعدم المانع لكن تشخيص ذلك موكول إلى الحاكم الشرعي غالباً. بل لا يبعد جوازه في غير الموسع بامر الحاكم للمصلحة العامة، وإذا أوجب البناء تلفاً أو ضرراً فهل يضمن الباني؟ فيه وجوه ثالثها التفصيل بين الموردين فيقال بالضمان في الاول اعتمادا على موثقة سماعة بناء على عدم الفرق بين حفر البئر والبناء وغيره على تردد، وبعدمه في الثاني ـ وهو البناء باذن الحاكم ـ بناء على ان ولايته اقوى في الامور العامة من ولاية المالك في ملكه و لاحظ تفصيله في الجواهر ١٠٣ ـ ١٠٦.

٣ ـ إذا غرق احد اثناء تعلم السباحة، ضمنه المعلم ولو كان وليا أو مأذوناً من قبله، ولا يبعد الحاق المقام بالطبيب والمريض في الضمان الا في فرض التبريّ عنه في الابتداء، ولا فرق في المفروق بين الصبي وغيره إلا في اوسعية صدق التقصير في حقه، نعم إذا غرق المتعلم ـ صبيا كان أو كبيرا ـ بغير فعل المعلم وتفريطه، فلا ضمان عليه للاصل.

٤ ـ في رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام في حائط اشترك في هدمه ثلاثة نفر فوقع على واحد منهم فمات فضمّن الباقين ديته، لان كل واحد منهما ضامن لصاحبه (ئل ج٢٩/٢٣٦ ب٣ من موجبات الضمان) لكنها ضعيفة سندا رغم وجودها في الكتب المعتبرة وليس فيها قوة خلافاً

للجواهر، والمتأخرون لم يعملوا بها أيضاً.

ومقتضى القاعدة إذا استند القتل خطأ إلى فعل جماعة كان المقتول أحدهم سقط من الدية بقدر حصة المقتول والباقي منها على عاقلة الباقين، فان كان الاشتراك بين العشرة سقط عشر الدية وتسع اعشارها على عاقلة التسعة الباقين وهكذا، ولعله لا خلاف فيه. واما في مثال المنجنيق الذي ذكره الشيخ ونقله في الجواهر ففيه بحث. ثم انه يمكن فرض العمد وشبه العمد في المسألة ايضاً فيترتب عليهما حكمهما.

٥ ـ إذا قصد اصلاح سفينة او طائرة حال سيرها فغرقت او سقطت بفعله كما لو اسمر مسماراً او قطع لوحة اوردم موضعا (اى سد فرجه) فانهتك فهو ضامن في ماله دية النفوس التالفة، بلا خلاف يجده صاحب الجواهر (١١٣/٤٣) لانه قصد الفعل دون القتل فهو شبيه عمد واما ضمان المال فهو للاتلاف. وقد يكون الاصلاح مجرد احسان وكان الغرق او السقوط متعيناً لولا الاصلاح ففي هذا الفرض لا وجه لضمانه.

٦ ـ لا يضمن مالك الجدار ما يتلف من انسان او حيوان او متاع آخر بوقوع جداره عليه، إذا كان قد بناه في ملكه أو في مكان مباح، وفي الجواهر ص١١٣: على اساس يثبت مثله عادة، فسقط من دون ميل ولا استهدام على خلاف العادة، بلا خلاف ولا اشكال للاصل، بعد عدم التعدي والتفريط ونصوص الضمان لا تشمله جزماً. وكذلك لو وقع في طريق فمات شخص بغباره أو بتطائر شيء منه.

وفي المباني (٢٤٤/٢): ان الضمان يدور مدار الاضرار والتفريط فلا ضمان بدونه.

نعم لو بناه مائلاً إلى غير ملكه (أي في فضاء الغير) أو بناه في ارض

غيره فسقط وأوجب تلفا ضمنه بلا خلاف ولا اشكال، للا ضرار والتفريط (٢٤٤/٢) .

فروع :

الف) عن القواعد : لو بناه مائلا إلىٰ ملكه فوقع إلىٰ غير ملكه أو إلىٰ ملكه إلّا أنه طفر شيء من الاجر والخشب وآلات البناء إلىٰ الشارع فاصاب انسانا لم يضمن لانه ممكّن من البناء في ملكه كيف شاء بلا ضمان كما في موثقة سماعة المتقدمة ، وهذا هو مختار المبسوط والشرائع والجواهر وعن العلامة بعد عبارته المتقدمة : ولو قيل بالضمان ان عرف حصول التطائر كان موجهاً . ولعله لعلمه صار متعديا كما لو بناه مائلاً إلىٰ الشارع بل اختاره ولده والكركي والشهيد الثاني .

وفي الجواهر : لكن فيه منع واضح ، والظاهر نظره إلىٰ موثقة سماعة: (أمّا حفر في ملكه فليس عليه ضمان) لكن يحتمل انصرافه عن فرض القواعد فالمسألة لا تخلو عن اشكال .

ب) في الجواهر ص١١٤ ولو بناه مائلا إلىٰ الشارع ضمن بلا خلاف للتعدّي وقاعدة نفي الضرر .

اقول التعدي مبني على عدم جواز التصرف في فضاء الطريق وفيه بحث ذكرناه في بعض كتبنا .

وقاعدة نفي الضرر تنفي الحكم الضرري ولا تثبت حكما لنفي الضرر كما هو المشهور اليوم وفيه ايضاً بحث وتقدم عن الاستاذ السيد الخوئي ان موضوع الضمان هو الاضرار والتفريط .

ج) لو بناه في ملكه مستوياً فمال إلىٰ الطريق او إلىٰ غير ملكه ضمن

ان تمكن من الأزالة ولم يزله. واما لو وقع قبل التمكن لم يضمن ما يتلف به لعدم التعدي كما في الشرائع (١١٤/٤٣).

د) لو مال بعضه دون بعض ثم سقط جميعه، قيل يضمن ما تلف بما مال دون غيره فلو شك فلا ضمان. وفي الجواهر: وفيه انه لا تعدي فيه بعد فرض كونه في ملكه مثلاً (مائلاً) بل هو كوضع اناء على ملكه فسقط فاتلف الغير الذي ستسمع تصريح المصنف وغيره بعدم الضمان فيه للاصل. اللهم الا ان يستفاد من فحوى النصوص السابقة وفيه بحث..

اقول: إذا احتمل عقلائيا سقوط الاناء من جداره المملوك على رأس العابرين كما في فرض الريح الحادة فالمثال المذكور ايضاً داخل في محل البحث وقضيه العدل وبناء العقلاء على ضمانه والعمدة في عدمه اطلاق الشق الاول في موثقة سماعة المتقدمة ويمكن دعوى انصرافه عن هذا الفرض.

و ـ لو كان الحائط لصبي كان الضمان على الولي مع التفريط كما عن التحرير (ص١١٥) بل يمكن القول مع تفريط الولي كغفلته أو غيبته إذا كان الصبي مفرط بضمان العاقلة لقوله: عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة. فتأمل.

ز ـ قيل كذا الحاكم بالنسبة إلى جدار الغائب مع العلم بميله وتمكنه، لانه ولي له. ورده في الجواهر (ج١١٥/٤٣) بمنع ثبوت ولايته عنه على وجه يقتضي ذلك للاصل وغيره. فتأمل.

ح ـ عن التحرير: لو مال الحائط إلى ملك الغير فأبرأه الغير سقط الضمان، كما إذا باعه فانه حينئذ على المشتري بخلاف ما إذا وهبه ولم يقبضه، فانه لم يزل الضمان عنه.

اقول تقدم الأشكال فيه وقياسه على البيع بلا وجه. ومنه يظهر الحال

فيما إذا استهدم الحائط من غير ميل، بل عن القواعد هو كالميل. نعم للغير ابراء ذمة المالك عما يتلفه من امواله ودية نفسه ومن يتولاه.

ط) عن المسالك: وفي مطالبته بنقض الحائط وجهان من انه لم يتجاوز ملكه ومن لحوق الضرر به كالميل وهذا اظهر. لكن في محكى المبسوط انه لا يملك الجار مطالبة جاره بنقضه، الا إذا مال إلىٰ فضاء الجار فيملك مطالبة النقض حينئذ. وهذا هو الظاهر من صاحب الجواهر الميل اليه (١١٦/٤٣) والاحوط الاول.

ويمكن ان يقال بجواز نقضه للجار إذا لم يرض به المالك ولم يتسير الترافع إلىٰ الحاكم الشرعي لقاعدة الحرج النافية لحرمة التصرف في مال الغير لكن في ضمانه في فرض الحرج وجهان[1] والله العالم.

---

(١) سيأتي في المقدمة التالية ما يتعلق بهذا من الوجهين وترجيح احدهما على الآخر.

مقدمة: ضابط الضمان ان كلّ ما كان للانسان إحداثه في الطريق لا يضمن ما يتلف بسببه، لا لعدم استتباع الجواز الضمان، ضرورة عدم المنافاة بينهما عقلاً ولا شرعاً، بل للاصل بعد عدم ما يدل على الضمان به مطلقاً حتىٰ مع الاذن من المالك الحقيقي، وذلك لظهور ما عرفت من النص والفتوىٰ من انه يضمن بما ليس له إحداثه كوضع الحجر وحفر البئر ونحو ذلك مما متأهل للضرر في الطريق على وجه لا يجوز له فعله فيه.

ويلحق به فعل الساهي والغافل وغير المكلف كما في غير المقام من الاسباب التي لا فرق فيها بين المكلّف وغيره. ومن هنا يتجه عدم اختصاص السبب بالعدواني، نعم يخرج منه المأذون فيه شرعاً كما في الجواهر ج١٢١/٤٣.

اقول: العمدة في اثبات هذا الضابط موثقة سماعة المتقدمة (ئل ٢٤٢/٢٩) لكن مرت المناقشة منا في بعض فقراته اطلاقا وانصرافاً. والله اعلم.

٧ ـ يجوز نصب الميازيب إلىٰ الطرق النافذه وعليه سيرة الناس في جميع الاعصار والاعصار كما في الجواهر، وعن جماعة منهم المحقق في النافع دعوى الاجماع عليه. نعم هو مقيد بعدم الضرر على المارة فانه لا سيرة لنا به تقتضي نصبه على وجه يكون متهيّاً للضرر كما في الجواهر (١١٧/٤٣) وعليه فلا يضمن لو وقع واتلف كما صرح به الشيخ المفيد وتبعه جمع.

وقال الشيخ الطوسي وجماعة بالضمان، لان نصبها مشروط بالسلامة ،وعن الخلاف دعوىٰ اجماع الامة عليه (١١٨) وفي الجواهر:

واجماع الخلاف ان كان المراد ما يشمل الفرض (جواز النصب) واضح المنع بل يمكن دعواه بالعكس (١١٩) كما انك قد عرفت مكرراً عدم الضمان بالشرائط الا ما استفيد من النصوص.

اقول: الاظهر عدم الضمان إذا كان سقوطها غير مترقب، واما إذا وجدت أمارة السقوط فلم يصلحها فلا يبعد القول بالضمان كما مر في النظائر لبناء العقلاء وقاعدة العدل.

بقيت فروع المسألة:

اولها: انه إذا كان الطريق مرفوعاً لم يجز (نصب الميزاب) الا باذن الشريك والا ضمن وان لم يكن مضراً الا القدر الداخل في ملكه فانه سائغ، كما في الجواهر.

اقول لنا فيه كلام ذكرناه في كتابنا الارض في الفقه في بحث المشتركات ص١٦٦.

ثانيها: إذا سقطت الميازيب واضرّت بالطريق فصاحبها ضامن لاصلاح الطريق وان جاز نصبها، لصحيح الكناني: من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن. وهذا ربما ينافي ما تقدم في المقدمة فتدبر.

ثالثها: عن السكوني عن الصادق عن رسول الله ﷺ من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو وتد وتداً او اوثق دابة او حفر بئراً في طريق المسلمين فاصاب شيئاً فهو له ضامن (ب١١ من موجبات الضمان).

لكنه ضعيف سندا ومتنه غير مربوط بالمقام ـ وهو سقوط الميزاب ـ فانه ظاهر في نصبه، فيكون نصبه مضرا بالطريق فهو يوجب الضمان على القاعدة. فافهم.

رابعها انه لا فرق بين نصب الميزاب واخراج الرواشن والاجنحة وغيرها، إذا لم تكن مضرة بالمارة، فلو قتلت الخشبة احدا لم يضمن مالكها كما عرفت. وعن الشيخ انه يضمن نصف الدية لانه هلك بمباح، وهو ما كان منها في ملكه ومحظور، وهو ما كان في الهواء، لكن الحظر ممنوع كما مر.

٨ـ لو أجج ناراً في ملكه مع عدم احتمال التعدي لم يضمن ولو اتفق انها سرت إلىٰ غيره بطيران شراره مع سكون الهواء او وجود حائل من الريح ولم يتجاوز قدر الحاجة، بلا خلاف اجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل وان تجاوزها إلّا ان تزيد على قدر الحاجة مع غلبة الظن بالتعدي كما في ايام الأهوية وعدم الحائل بلا خلاف ولا اشكال مع ارادة العلم من غلبة الظن لقاعدة نفي الضرر والضرار وصدق الاتلاف عليه. بل الظاهر ذلك مع الفرض المزبور وان لم يزد على قدر الحاجة، بل الظاهر الضمان به مع قضاء العادة بالتعدي وان غفل هو عن ذلك كما في الجواهر (ج٤٣/١٢٢).

والاحسن ان يقال كما في مباني التكملة (٢/٢٤٥): لو أجج نارا في ملكه فسرت إلىٰ ملك غيره اتفاقا لم يضمن، إلّا إذا كانت في معرض السراية كما لو كانت كثيرة او كانت الريح عاصفة فانه يضمن كما يظهر من المسألة السابقة. ولو أججها في ملك الغير بدون إذنه ضمن ما يتلف بسببها من الاموال والانفس لعين ما مر من الاضرار والتعدي لموثقة سماعة.

تنبيه: ولو قصد اتلاف النفس أو كان التأجيج مما يترتب عليه ذلك عادة، وان لم يكن المقصود اتلافها ولم يكن الشخص التالف متمكناً من الفرار ثبت عليه القود.

تنبيه ثان: في الجواهر (١٢٤/٤٣) فيمن أجج في ملك غيره أنه يضمن في ماله، لانه عدوان مقصود كحفر البئر في ملك الغير عدواناً من كون الضمان فيه على الفاعل، لظاهر الادلة ومن هنا اشتهر فيما بينهم ان الضمان بالشرط على الفاعل دون العاقلة، لكن في محكي السرائر: «ان قصد بالاشعال، القتل فهو قتل عمد، وان لم يقصد كان خطأ محضا، والدية على العاقلة وحكم بضمانه الاموال».

وعن التحرير: وان قصد باضرام النار احراق المنزل والمال، الخاصة وتعدّي الإتلاف إلى النفس من غير قصد، ضمن المال في ماله، وكانت دية النفس على عاقلته.

وردّه في الجواهر: ولا يخفي عليك ما في اطلاقه بعد الاحاطة بما ذكرناه، ولعل التحقيق كون الضمان في ماله مع فرض كون التلف باشعال النار على نحو التلف بحفر البئر وغيره من الشرائط، بخلاف ما إذا كان بتوليد فعله على وجه سبب اليه ما يترتب عليه، فان ذلك تجري فيه حينئذ الاقسام الثلاثة؛ العمد وشبهه والخطأ المحض ضرورة كونه كغيره من افعال المباشرة. بل لعلّ ما في النهاية.. يرجع إليه، قال: ومن رمي في دار غيره متعمداً ناراً فاحترقت وما فيها كان ضامنا لجميع ما في الدار من النفوس والأثاث والامتعة وغير ذلك، ثم يجب عليه بعد ذلك القتل.

ضرورة ظهور الضمان في كلامه فيما سمعته من الدية واعواض الاموال. وأمّا ما ذكره من القتل فلعله لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه ان علياً قضى في رجل اقبل بنار اشعلها في دار قوم فاحترقت الدار واحترق أهلها واحترق متاعهم: قال: يغرم قيمة الدار وما فيها ثم يقتل. (ب ٤١ من موجبات الضمان من الوسائل) وبهذا الخبر استدل الفاضل على قول

النهاية. بل عن حواشي الشهيد أن عليه اكثر الاصحاب. وفي الجواهر: وجهه انه مفسد مع فرض اعتياده لذلك على وجه يكون به محاربا. (١٢٥/٤٣ من الجواهر).

أقول: الخبر ضعيف سنداً وظاهر في قتل العمد، وحمل كلام النهاية على قول الجواهر غير واضح، ولذا قال المحقق في النكت يقتل قولاً واحداً. فلاحظ الكلام المحقق ورد الجواهر عليه ص ١٢٥.

٩ ـ نقل عن الشيخ ﷺ: لو بالت دابته في الطريق يضمن ان زلق فيه انسان مثلاً، سواء كان راكبها أو قائدها او سائقها، لانها في جميع التقادير بيده فهو كما بال هو، وتبعه بعض آخر، وقيده في القواعد بفرض الوقوف على اشكال (فزلق انسان فلا ضمان إلا مع الوقوف على اشكال).

ولعلّ وجه الاشكال، ان بول الدابة من السبب كالقاء القشر في الطريق فيضمن، ومن الاصل وعدم الاختيار في ذلك، مع كون السير بالدابة في تلك الازمان من ضروريات الاستطراق وموضوعات الطرق. وقيل لا يضمن الا مع الوقوف لغير ضرورة وعدم علم الزالق بالروث والبول او علم ولم يتمكن من التحرز.

وناقشه في الجواهر (١٢٧/٤٣) بان ذلك ليس من افعاله، وكونها بيده لايقتضي نسبة ذلك إليه، مضافاً إلى السيرة المستمرة على عدم التحرز عن ذلك وعدم وجوب ازالته وعدم الضمان لما يترتب عليه من غير فرق بين الماشية والواقفة، إذ الوقوف جائز له أيضاً مع عدم تضرر المارة به.

اقول: فالاصل عدم الضمان.

١٠ ـ لو أسال الماء في الطريق أو القى قمامة المنزل المزلقة كقشر بطيخ او موز او نحوه فتلف او كسر عضوه ضمن، لما مر من صحيح

الحلبي وموثقة سماعة.

واما الرش فهو غير مضر، وقد جرت السيرة على جوازه من دون نكير، فلا يضمن به خلافاً للشيخ حيث ضمّن به مطلقاً وخلافاً للشرائع حيث خص الضمان (١٢٧/٤٣) بمن لم ير الرش.

نعم اختصاص الضمان بمن لم ير القمامة أو رأها ولكنه لم يتمكن من التحرز اما لعجزه، أو لقصوره كالصبيان والبهائم لا بأس به. وما في الجواهر (١٢٨) من ايجابه الضمان في فرض التعمد ايضاً باطلاق أدلة الضمان مخدوش بانصرافها عنه، ولقوة المباشر.

واعلم ان ظاهر الجواهر في اصل المسألة عدم الضمان، قال: لعل السيرة في جميع الاعصار والامصار مع الاصل تقتضي الجواز واتفاق الضرر نادرا لا ينافي ذلك، وقد عرفت غير مرة أن الاذن الشرعية اقوى من الإذن المالكية في دفع الضمان.

وحاصله الحاق القمامة والمعاثر وإسالة الماء بالرش بعين الملاك لكنه غير ظاهر، وما ذكرنا تبعاً للسيد الاستاذ الخوئي (٢٤٦/٢ مباني التكملة) هو الاظهر.

١١ ـ لو وضع إناء مثلاً على حائطه او شجره فتلف بسقوطه نفس او مال لم يضمن بلا خلاف ولا اشكال، لانه تصرف في ملكه من غير عدوان، كما في الجواهر، لكن إذا كان في معرض السقوط لريح او لسبب آخر لا يبعد به الضمان لقاعدة العدل. ولعله منصرف عنه، وفاقاً للسيد الاستاذ وخلافاً لصاحب الجواهر. وهكذا لا يبعد الضمان لو وضعه مائلاً إلى الطريق وان قلنا بجواز مثل هذا التصرف في فضاء الطريق كما هو غير بعيد فتأمل.

١٢ ـ يجب حفظ الدابة الصائلة (سركش ومضر) كالبعير المغتلم والكلب العقور لحرمة الاضرار بالغير، ولقاعدة نفي الضرر، بناء على جريانها في اثبات الاحكام إذا كان عدم الحكم ضررياً كما يظهر من صاحب الجواهر فيما سبق وفي المقام (١٢٩/٤٣) وقال: بلا خلاف أجده فيه ولا إشكال. فلو اهملها وجنت، فضمن جنايتها، فان اهماله بعد الوجوب الشرعي عدوان وتفريط وضرره مضمون على مالكها، ولصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن بختي (الابل الخراسانية) اغتلم[1]. فخرج من الدار فقتل رجلاً، فجاء اخو الرجل فضرب الفحل بالسيف (فعقره) فقال: صاحب البختي ضامن للدية ويقتص (يقبض) ثمن الدية (ئل ج٢٥٠/٢٩ ب ١٤ من موجبات الضمان).

اقول: اطلاق الرواية يشمل فرض اهمال المالك وترك مراقبته وفرض قصوره في الليل والنهار. ولا فرق بين البختي وسائر الدواب حتى الهرة الضارية من هذه الجهة عرفا، وان تردد فيه المحقق ونقل صاحب الجواهر عن فقهاء العامة اربعة اقوال في ضمان ما يتلفه الهرة الضارية. (١٣١/٤٣).

وظاهر سيدنا الاستاذ الخوئي او صريحه عدم ضمان ما يتلفه الهرة (المباني ج٢٥١/٢) ودليله ضعيف فاننا لم نحرز العادة التي ادعاه في الهرة المملوكة في بلاد الشرق وانما الموجودة في بيوتنا غير مملوكة تجيء وتروح بارادته.

وتؤيد صحيح الحلبي، رواية علي بن جعفر (ئل المصدر ص٢٥١)

---

(١) الاغتلام: هيجان الشهوة.

وفيه: ولصاحب البختي ثمنه على الذي عقر بختيه لكن سندها غير معتبر كما حققناه في كتابنا بحوث في علم الرجال.

وفي رواية أخرىٰ له: سألته عن بختي اغتلم فقتل رجلاً، ما على صاحبه؟ قال عليه الدية (ص٢٥١) لكن في سندها محمد بن أحمد بن اسماعيل العلوي، وفي حسنه تردد، والاستاذ بنى عليه لقول النجاشي في حقه أنه من شيوخ أصحابنا. واطلاقها كاطلاق الاولى.

لكن السيد الاستاذ قال (٢٤٧/٢): نعم لو جهل المالك بالحال او علم ولكنه لم يفرط فلا ضمان عليه، واستدل له بأمور بعد قوله: بلا خلاف ظاهر:

أولها: انصراف اطلاق ما دلّ على الضمان عن فرض عدم تقصير المالك، لكنه ممنوع.

ثانيها: ما تقدم من قوله صلى الله عليه وآله: البئر جبار والعجماء والمعدن جبار (ب٤٢ ح٢ ـ ٥ من موجبات الضمان).

قال: ومن المعلوم ان العجماء انما يكون جبار في فرض عدم التسبيب والتفريط من قبل المالك كما في المقام والا فلا شبهة في الضمان (مباني تكملة المنهاج ج٢٤٨/٢).

واما صاحب الجواهر فقال (ج١٢٩/٤٣) القحماء جبار وقصوره من وجوه[1] فيجب حمله على غير المفروض او غير المملوك او التي لم يفرط في حفظها او التي فرّط في التالف بالتعرض بها.

اقول: ما ذكره السيد الاستاذ، حسن، لكنه ليس بجمع صناعي، بل

---

(١) كان المناسب بيان تلك الوجوه.

هو تبرعي.

ثالثها: روايات دالة على مدعاه ولكنها ضعاف بالسكوني والنوفلي وغيرهما وليست بحجة.

رابعها خبر زيد بن علي.. عن علي عليه السلام انه كان يضمن صاحب الكلب إذا عقر نهارا ولا يضمنه إذا عقر بالليل. وإذا دخلت دار قوم باذنهم فعقرك كلبهم فهم ضامنون. وإذا دخلت بغير اذن فلا ضمان عليهم (ئل ج٢٩/٢٥٥ ب١٧ من موجبات الضمان ح٣) لكنه ايضا غير معتبر لجهالة منبه بن عبدالله ابي الجوازء على الاقوى فالعمدة في الاستثناء المذكور هو نفي وجدان الخلاف بين من تعرض له كما في الجواهر تدليلا لكلام ماتنه، وجعل الشهرة سببا للشك في اطلاق الحديث.

فروع:

الف) في الشرائع والجواهر: (لو جنى على صائلة جان لدفع) عن نفسه أو نفس محترمة او مال كذلك (لم يضمن) بلا خلاف، ضرورة اولويته من هدر النفس له. نعم ينبغي الاقتصار على مقدار ما يحصل به الدفع كما مر مفصلا في الدفاع (١٣٠/٤٣).

اقول: عدم الضمان في الدفاع من نفسه وماله بالمقدار اللازم ظاهر. واما في مقام الدفاع عن نفس محترمة فلإيجاب الشارع حفظه وهو مالك الملك فلا ضمان. واما في مقام الدفاع عن مال الغير تبرعاً ـ خصوصاً مع كونه اقل قيمة من الحيوان ـ فلا دليل على نفيه، ولعله لا لوم على من قال بضمانه وان لم ار من قال به.

ب) ولو جنى على الصائلة لغير الدفع ولو للانتقام فهو ضامن لقاعدة الاتلاف ولما مر من صحيح الحلبي.

ج) في الجواهر (١٣١/٤٣) ربما اشعر تقييدهم البعير بالمغتلم ونحوه، باختصاص الضمان فيه، الا ان المتجه القول فيه، بالضمان مع التفريط ايضاً بما جرت العادة فيه من حفظها كما ان ما تسمعه في..(اي المسألة الآتية) من النص والفتوى دال عليه، واما مع عدمه فلا ضمان قطعاً للاصل وغيره.

اقول: ويمكن ان يستدل عليه بقوله ﷺ العجماء جبار، ومر الاشكال في وجه تخصيصه بالفرض الاخير.

تنبيه: وعلى الاول هل يثبت الضمان حتى يحرز عدم التفريط او هو غير ثابت الا إذا ثبت التفريط ويظهر الثمرة في صورة الشك، ظاهر صحيح الحلبي السابق هو الاول لكنه في الصائلة، وفي غيرها يمكن اختيار الثاني فلاحظ. وقال صاحب الجواهر في آخر المسألة الاتية (١٣).. وان كان الذي يظهر عن المصنف وغيره اعتبار ثبوت التفريط في الضمان والا فلا ضمان للاصل وجبار القحماء وغير ذلك والمسألة غير محررة وان كان الأخير لا يخلو من قوة... كما انه يشهد للاول اطلاق النص في ضمان البختي المغتلم من دون اعتبار للعلم بتفريطه ولكن ظاهر الفتاوى خلافه (ج٤٣/١٣٤).

د) افتى جمع بجواز قتل الهرة الضارية: وعن المسالك: ظاهرهم الاتفاق عليه كغيره من المؤذيات وفي الجواهر ص١٣٢: ظاهرهم الهدرية مع ذلك وهو كذلك في مقام الدفاع وفي غيره عرفت النص والفتوى بضمانه؛ بل قد يشكل اصل الجواز وان جاز في المؤذي غير المِملوك، ومع التسليم، فالمتجه الضمان، جمعا بين الحقين.

اقول ما ذكره لا بأس به.

١٣ ـ في رواية هارون قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن البقر والغنم والابل تكون في الرعي (المرعىٰ) فتفسد شيئاً هل عليها ضمان؟ فقال: ان افسدت نهارا فليس عليها ضمان من أجل ان اصحابه يحفظونه، وان افسدت ليلاً، فانه عليها ضمان (ب٤٠ من أبواب موجبات الضمان ح٣ ص٢٧٧ ج٢٩ ئل).

وفي رواية السكوني عنه عليه السلام كان علي لا يضمن ما افسدت البهائم نهاراً ويقول: على صاحب الزرع حفظ زرعه، وكان يضمن ما افسدت البهائم ليلاً (المصدر ح١).

اقول: سندا الاولى مخدوش بيزيد بن اسحاق شعر والثاني بالسكوني، والمستفاد من كلتيهما أن العادة جارية على حفظ مالك الزرع زرعه نهارا دون الليل، فعليه حفظه، فاذا اكلته البهائم نهاراً فهو بتفريط منه، واما إذا اكلته ليلاً فهو ليس بتفريط من المالك فيضمن صاحب البهيمة وليس فيهما وجوب حفظ البهيمة على مالكها ليلا.

فالمناط في ضمان الزرع عدم تفريط مالك الزرع، وان قبلنا الروايتين كالسيد الاستاذ الخوئي (تكملة المنهاج ج٢٤٨/٢) والا فهو مستند إلىٰ تفريط صاحب البهائم وعدوانه عرفاً. وبعبارة واضحة ان المقام يدخل في المسألة ١٢ فتأمّل او يقال اكلها جبار.

١٤ ـ لو هجمت دابة على الاخرى، فجنت الدابة الداخلة فعن جمع انه ضمن مالكها، وقيد المحقق وغيره من المتأخرين الضمان بتفريط مالكها في الاحتفاظ، وان جنت المدخول عليها كان هدرا، والاصل في عنوان المسألة خبر مصعب بن سلام ومرسل الحلبي ومرسل صباح عن الاسكاف (باب ١٩ و٢٠ من موجبات الضمان ج٢٩ ئل ٥٧/٥٦) لكن

الروايات الثلاثة ضعيفة سنداً، ولاجله قيدوا الضمان بالتفريط (ج١٣٣/٤٣).

١٥ ـ إذا دخل دار قوم فعقره كلبهم ضمنوا جناية ان كان الدخول بأذنهم والا فلا ضمان عليهم بلا خلاف يوجد، او بلا خلاف بين الفقهاء. وتدل عليه ثلاثة روايات كلها غير معتبرة بل يحتمل اتحاد الراوي في الاوليتين منها كاتحاد الاخيرتين منها (باب ١٧ من موجبات الضمان (ج٢٥٥/٢٩) وفي الثالثة والرابعة: ان عليا يضمن صاحب الكلب إذا عقر نهاراً ولا يضمنه إذا عقر بالليل. قلت هذا الاخير قد مر بحثه.

وفي الجواهر: (١٣٥/٤٣): إطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق بين أن يكون الكلب حاضرا في الدار عند الدخول وعدمه، ولا بين علمهم بكونه يعقر الداخل وعدمه. ولو أذن بعض من في الدار دون بعض، فان كان ممن يجوز الدخول باذنه اختص الضمان به والا فكما لو لم يأذن ولو اختلفا في الأذن وعدمه، فالقول قول منكره للاصل، ثم انه ﷺ اعتبر الاذن الخاصة دون العامة وجعله بمنزلة صريح بعض الروايات المشار اليها، وقال: ويؤيده الاصل وغيره.

اقول: الاظهر عندي في ثبوت الضمان الاذن عند الدخول، فاذا دعى صاحب الدار احدا يوم الخميس فدخل في داره يوم الجمعة بمجرد تلك الدعوة السابقة يشكل الضمان، بل حينما يصل إلى باب داره يستأذنه وحينئذ يضمن الأذن ان عقره كلبه، نعم إذا دعاه إلى دخول داره يوم الخمس ساعة خمس مثلاً، فدخل في تلك الساعة ضمنه الداعي إذا عقره. والله العالم.

١٦ ـ يضمن راكب الدابة وقائدها ما تجنيه بيديها. وكذلك ما تجنيه برجليها ان كانت الجناية مستندة إليهما بان كانت بتفريط منهما والا فلا

ضمان.

اما الضمان في الفرض الأخير فهو مطابق للقاعدة المستفادة من الروايات كرواية أبي مريم الآتية في هذا المقام. واما الضمان في الفرض الاول فلروايات معتبرة مؤيدة بروايات غير معتبرة كلها مذكورة في الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان (٢٤٦/٢٩).

منها صحيح الحلبي انه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يمر على طريق من طرق المسلمين فتصيب دابته انسانا برجلها؟ فقال: ليس عليه ما اصابت برجلها، ولكن عليه ما اصابت بيدها، لان رجليها خلفه ان ركب، فان كان قاد بها، فانه يملك باذن الله يدها يضعها حيث يشاء وفي معتبرة أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في صاحب الدابة انه يضمن ما وطأت بيدها ورجلها وما نفحت (اي طربت ورفست) برجلها فلا ضمان عليه، إلا أن يضربها انسان (المصدر ص٢٤٧ وص٢٤٨).

اطلاقه (صاحب الدابة) محمول على الراكب والقائد كما في صحيح الحلبي. واما كلمة رجلها فمع عدم تناسبها مع ما بعدها غير مذكورة في التهذيب (ج٢٢٧/١٠) طبعة دار الكتب الاسلامية وعن السيد الاستاذ انه يظهر من الوافي ان هذه الكلمة لم تكن في الكافي ايضاً فتكون نسخ الكافي مختلفة. ويظهر من جامع الاحاديث انها غير موجودة ـ على وجه ـ في الاستبصار ايضاً.

وفي صحيح غياث بن إبراهيم المروي في الفقيه عن جعفر عن أبيه أن علياً ضمّن صاحب الدابة ما وطئت بيديها وما بعجت (جرحت) برجلها، فلا ضمان عليه إلّا ان يضر بها انسان (جامع الاحاديث ج٣٦٧/٣١ وئل

ج٢٩/٢٤٨) لكن في التهذيب زيادة كلمة: ورجليها بعد يديها (ج١٠/٢٢٤) وقال السيد الاستاذ (المباني ج٢/٢٥٣) : ويظهر من الوافي ان هذه الكلمة غير موجودة في التهذيب أيضاً، فنسخ التهذيب مختلفة.

وفي صحيح سليمان بن خالد ـ على المشهور ـ انه سأل ابا عبدالله عليه السلام عن رجل مر في طريق المسلمين، فتصيب دابته برجلها؟ فقال: ليس على صاحب الدابة شيء مما اصابت برجلها، ولكن عليه ما اصابت بيدها لان رجلها خلفه، إذا ركب، وان قاد دابته فانه يملك رجلها باذن الله، يضعها حيث يشاء (ئل ٢٩/٢٤٩ ح٩) لكن في التهذيبين وجامع الاحاديث: فانه يملك يدها. وهذا هو الظاهر من المباني (ص٢٥٢).

نعم في خبر اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه ان علياً كان يضمن الراكب ما وطئت الدابة بيدها ورجلها الا ان يعبث بها أحدا، فيكون الضمان على الذي عبث بها. (يب ج١٠/٢٢٦) وئل ج٢٩/٢٤٩، لكن الاظهر ان غياثا هو ابن كلوب كما نقله الجامع عن الاستبصار التصريح به، وقد عدلت اخيرا عن الحكم بوثاقته، فالرواية غير حجة.

فضمان ما يتلف برجلها بالنسبة إلى القائد والراكب غير ثابت الا بالتفريط كائنا من كان المفرط، واما بالنسبة إلى السائق فالمعروف المشهور انه يضمن ما تجنيه دابته برجلها ويدها.

وقد ادعى عليه الاجماع. والسيد الخوئي انكر الضمان بيدها، وخصه برجلها لروايتين غير معتبرتين سندا (المباني ج٢/٢٥٤) ب١٣ من أبواب موجبات الضمان) فالحكم لا يخلو عن إشكال الا مع التفريط الا ان يتمسك بالتعليل المذكور في صحيحي الحلبي وسليمان، ولم يوجد فيه مخالف فلاحظ الجواهر (١٤٠/٤٣).

فروع المسألة :

اولها : ان القائد والراكب لا يضمنان ما ضربته بحافرها ، الا إذا عبث احد فيضمن العابث جنايتها (المباني ٢٥٣/٢) لمعتبرتي في أبي مريم وغياث ابن إبراهيم .

ثانيها : ان المشهور ان من وقف بدابته فعليه ضمان ما تصيبه بيدها ورجلها ، وألحق في الجواهر رأسها بيديها ورجلها ، ولذا لا فرق بين الطريق الضيق والواسع والمفرط وغيره والراكب والسائق والقائد ، عملاً باطلاق النص والفتوى ، والمراد بالنص الذي هو مدرك الحكم رواية العلاء بن الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل يسير على طريق من طريق المسلمين على دابته فتصيب برجلها . قال : ليس عليه ما اصابت برجلها . وعليه ما اصابت بيدها . وإذا وقف فعليه ما اصابت بيدها ورجلها وان كان يسوقها فعليه ما اصابت بيدها ورجلها ايضاً (ئل ٢٤٧/٢٩ ب١٣ من أبواب موجبات الضمان وسند الرواية بمحمد بن سنان ضعيف .

ولاجله قال السيد الاستاذ الخوئي : الاقرب عدم الضمان (ج٢٥٥/٢) لكنه ايضا غير صحيح . والاظهر في غير فرض التفريط والا ضرار بالطريق المستلزمين للضمان ، ان الواقف كالسائر ، فان كان راكبا او قائداً يضمن ما اتلفتها بيدها ، وان كان سائقا أي كان واقفا عقبها يضمن ما جنته برجلها على اشكال في صحة رواياتها، لاطلاق بعض ما سبق كمعتبرة ابي مريم . والله اعلم ، ثم انه لا خصوصية لطريق المسلمين والحكم جار في غيره أيضاً .

ثالثها : لا يبعد الحاق الرأس باليدين كما في صحيح الحلبي وسليمان من اجل التعليل وفاقاً لجماعة من الفقهاء رحمهم الله .

رابعها : لو ركب على عكس المتعارف لا يبعد العكس في الضمان كما لا يخفى .

خامسها : لو كان لها راكب وقائد فاتلفت بيدها لا يبعد الاشتراك بينهما في الضمان .

سادسها : لا حكم لراكب القطار والسيارة والطائرة ونحوها والضمان مخصوص بالقائد وإذا كان للقطار سائق ففي ضمانه تردد بل لا يبعد العدم إذا لم يكن له اثر في حركة القطار وكذا الحال في من يجلس من العملة مع الطيار في بيته في الطائرة . وفي ضمان قائديها بتمام إذ يالها وموخراتها وحتى اجنحتها وجهان .

سابعها : لو كان المقود والمسوق قطارا من الحيوانات حتى إذا كانت خمساً فضلا عن كونها عشرة لا يجري الحكم المخالف للاصل ، إذ لا قدرة للقائد أو السائق على حفظ الدابة من الجناية على غير الاول والآخرة منها . وكذا إذا كان الحيوانات كثيرة على غير شكل القطار .

ثامنها : لو ركب الدابة رديفان تساويا في الضمان ولم يجد صاحب الجواهر (١٤١/٤٣) مخالفاً له .

وقيل : ان الاصحاب قاطعون به لصدق الراكب عليهما ، لكن في ضمان الثاني إذا لم يكن له أثر في سير المركب نظر ، لا سيما إذا كان اعمى او مكتوف اليد أو مريضاً شديداً .

وفي الجواهر : وعلى كل حال فراكبا المحمل اولى بالضمان من المترادفين . لكنني لم افهم الاولوية .

والدليل على حكم اصل المسألة ما رواه الصدوق باسناده إلىٰ قضايا امير المؤمنين عليه السلام في دابة عليها رد فان، فقلت الدابة رجلا او جرحت فقضىٰ في الغرامة بين الردفين بالسوية (ئل ٢٨١/٢٩ ب٤٣ من ابواب موجبات الضمان).

تاسعها: لو كان صاحب الدابة معها ضمنها دون الراكب كما صرح به المحقق وتبعه غيره. ولا دليل عليه في غير فرض قوده او سوقه. نعم إذا كان عادة الدابة إلقاء راكبها ولم يخبره مع علمه بها فيمكن القول بضمان من ألقته عليه.

عاشرها: لو دخلت دابة زرع احد وهو متصل بزرع غيره لم يجز له اخراجها إليه مع ادائه إلىٰ اتلافه (اي زرع الغير) بل يصبر وان اتلفت زرعه، فان لم يصبر واخرجها اثم وضمن ما يتلف من زرع الغير، كما انه يضمن ما يتلفه بالخروج والدخول مع تفريطه. (١٤٣/٤٣).

واما ضمان مالك الدابة لما تتلفه فقد مر بحثه.

١٧ ـ في المباني ٢٥٧/٢: لو اركب صبيا بدون اذن الولي على دابته (وتلحق بها السيارة والطائرة وغيرهما) وكان في معرض السقوط. فوقع فمات، ضمن ديته، ولو اركب صبيين كذلك فتصادما فتلفا ضمن ديتهما تماما، ان كان المركب واحدا، وان كان اثنين فعلى كل منهما نصف دية كل منهما، وهكذا، ولا فرق في المركب بين الولي وغيره.

وقال في شرحه: إن ارادة الصبي ملغاة فالموت يستند إلىٰ المركب عرفا نعم إذا لم يكن في معرض السقوط وكان اتفاقياً بحيث لا يستند إلىٰ المركب عرفاً فالظاهر عدم الضمان، فان نقل عدم الخلاف في مثله لا يكون كاشفاً عن قول المعصوم.

تزاحم الموجبات

يتقدم المباشر على السبب إذا اجتمعا في الضمان إذا كان اقوى ، بل تساويا كما في الجواهر (١٤٥/٤٣) .

وقال . . بلا خلاف أجده بل في كشف اللثام الاتفاق عليه كالدافع مع الحافر والممسك مع الذابح ، وواضع الحجر في الكفة ، مع جاذب المنجنيق ، الا مع جهل المباشر وغروره فيضمن السبب .

واليك مسائل الباب .

١ ـ من غطّى بئراً حفرها في غير ملكه ، فدفع غيره عابراً ولم يعلم بالبئر فالضمان على الحافر لكونه أقوى من المباشر . وكذا الفار من محيفة إذا وقع في بئر محفورة عدوانا لا يعلمها وان لم يلجئه إلى سلوك هذا الطريق ، كما في الجواهر وقال : بلا خلاف أجده بل نسبه غير واحد إلى الاصحاب مشعراً بالإجماع عليه وهو كذلك (١٤٥) .

ويقول الاستاذ في مباني التكملة ج٢٥٨/٢ : إذا كان الدافع فالضمان عليه بلا خلاف لاستناد القتل إليه دون الحافر ، واما في صورة جهل الدافع بالحال ، فان تم اجماع على ضمان الحافر ، فهو لكنه غير تام ، وعليه فلا يبعد ان يكون الضمان على كليهما معاً .

اما الحافر فلا طلاق ما دل على ضمانه ، واما الدافع فلاستناد القتل اليه ، فيكون داخلاً في القتل الشبيه بالعمد ، والجهل بالحال لا يكون رافعاً لصحة استناد القتل اليه .

ومن هنا لو دفع شخصاً إلى حفيرة طبيعية لا يعلمها فلا شبهة في ضمان الدافع ولا فرق بين ذلك وما نحن فيه ، انتهى .

قلت قد سبق الاستاذ حول حفر البئر، المحقق في محكى النافع، حيث تردد في ضمان الدافع، لعموم تقديم المباشر على السبب لكنه جزم بالمشهور بالشرائع. وأورد عليه في الجواهر، بان العموم المزبور لم نجد في خبر كي يستند اليه، وانما الأصل فيه الاتفاق المفقود في المقام فلا وجه للتردد المزبور.

٢ ـ لو حفر بئراً في ملكه وغطّاها ودعى غيره فسقط فيها، فان كانت البئر في معرض السقوط ـ كما لو كانت في ممّر الدار ـ وكان قاصدا للقتل او كان السقوط مما يقتل غالباً ثبت القود، لتحقق موضوع القصاص والا فعليه الدية لانه من الشبيه بالعمد، واما إذا لم تكن في معرض السقوط واتفق سقوطه فيها لم يضمن، لعدم استناد القتل إليه.

اقول: ما ذكره السيد الاستاذ في المسألة السابقة في ضمان الدافع الجاهل في الجملة، بعينه جار في المباشر الجاهل في المقام، فلا بد ان يهدر نصف الدية، مع انه قال بضمان الحافر الداعي، تمام الدية. وإذا قيل ـ كما في الشرائع (١٤٦/٤٣ من الجواهر) ان المباشرة يسقط اثرها مع الغرور بعدم الاخبار عمدا او نسياناً، فهذا يمكن اجرائه في الدافع الجاهل، فان الغرور يرجع إلى الجهل.

وعلى اي حال: يحتمل عدم الضمان في أصل المسألة مع عدم تعمد الغرور للاصل واطلاق عدم الضمان في الحفر في الملك في موثقة سماعة المتقدمة: (اما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان.. ـ ئل ج٢٩/٢٤ ب ٨ من موجبات الضمان) بل ربما قواه بعضهم كما قيل.

واجاب عنه في في الجواهر (١٤٦/٤٣) بعدم اعتبار قصد الغرور بما يترتب على فعل الغار الذي هو في الوجدان اقوى من حصول التلف من

المباشرة .

قلت : إذا لم يكن الغار قاصداً للايهام وايقاع المغرور في خلاف الواقع ، يشكل ضمانه ، لعدم احراز بناء العقلاء عليه ولا دليل على القاعدة سواه كما ذكرنا في كتابنا الارض في الفقه ص ٣٢١[1] .

٣ ـ لو اجتمع سببان ضمن من سبقت الجناية بسببه وان كان حدوثه متأخراً او مصاحباً كما لو القىٰ حجراً في غير ملكه وحفر الآخر بئرا فيه ، فاذا سقط العاثر بالحجر في البئر فيضمن الواضع الذي سبقت الجناية بسببه المقتضى لضمانه ، فيستصحب حكم اثر السبب الاول وبه رجع على السبب الثاني . وهكذا لو حفر بئراً عدواناً ، ونصب آخر سكينا ووضع آخر حجراً فعثر بالحجر ثم وقع في البئر فاصابته السكين ، فان الواضع كالدافع في الضمان كما في الجواهر ج١٤٦/٤٣ . .

نسبه في المباني إلىٰ الاشهر تبعا للجواهر ، ثم اورد عليه (ج٢٦٠/٢) بانه لا مجال للاستصحاب إذ لا اثر للسبب الاول قبل السبب الثاني ، بل هو مستند إلىٰ كليهما معا ، فنسبة الضمان بالاضافة إلىٰ كلا السببين على حد سواء ، فلا وجه لترجيح السابق جناية على اللاحق كذلك ، فالضمان على كليهما .

ولا بأس بهذا الايراد وان احتمله المحقق في الشرائع اولاً ، ثم رجع عنه بقوله : لكن الاول اشبه . وما ذكره صاحب الجواهر غير واضح .

هذا مع تساويهما في العدوان ، ولو كان أحدهما عادياً كان الضمان عليه ، كما لو حفر بئراً مثلاً في ملكه ووضع المتعدي حجراً فتعثر به انسان

---

(١) ولاحظ الجواهر ١٨٣/٣٧ حيث جعل مؤلفه القاعدة من باب اقوائية السبب من المباشرة .

او العكس، فان الضمان على المتعدي منهما دون غيره لما مر من الروايات. ويحتمل الاشتراك في المقام فيكون على المتعدي نصف الدية ونصفها الاخر هدراً إذ لا ضمان على غير المتعدي، كما لو هلك بالتعدي والسبع مثلاً، فتأمل فيه وفي الفرع الاتي.

بقيت فروع:

اولها: لو سقط حجر بالسيل او الزلزلة مثلاً على طرف البئر المحفورة عدواناً، ففي الجواهر (١٣٧/٤٣): المتجه ضمان الحافر لاختصاصه بالعدوان. لكن في القواعد الإشكال فيه، من ذلك ومن استناد التردي إلى الحجر. وفيه انه لا استناد عرفي في الشرائط: وانما العمدة اطلاق ادلة الضمان، والفرض عدمه في غير العدوان والله العالم. هذا كلامه.

ثانيها: لو حفر بئراً فعمقها آخر فوقع فيه ثالث، فالظاهر اشتراكهما في الضمان، إلّا إذا لم يؤثر العمق في التلف، وفي الفرع اقوال أظهرها الاشتراك على السواء فلاحظ تفصيلها في الجواهر (١٤٧/٤٣).

اقول: لا بد من تقييده بكون الحجر مضراً بالطريق لما مر من دلالة الرواية المعتبره على ذلك: فلاحظ.

ثالثها: لو تعثر بحجر في الطريق فالضمان على واضعه لضعف المباشر بعدم العلم كما في الجواهر (١٤٨/٤٣).

اقول: لا بد من تقييده بكون الحجر مضراً بالطريق لما مر من دلالة الرواية المعتبرة على ذلك، فلاحظ.

رابعها: لو تعثر به رجل فدحرجه العاثر ثم تعثر به آخر فالضمان على المدحرج، لانه هو الذي وضعه موضعه هذا، نعم لو لم يشعر به ففي

كشف اللثام الدية على العاقلة، لانه خطأ محض. وفي الجواهر(١٤٨).

وفيه بحث فان الشرائط جميعها ضمانها على المسبب دون العاقلة لاطلاق الادلة فتأمل.

اقول: ضمان المدحرج موقوف اولاً على كون الدحرجة بفعله لا بغير فعله. وثانياً على كون موضع الحجر الاخير مضرا بالطريق والا فلا دليل على الضمان.

ولعل وجه التأمل في كلامه ان اطلاق الادلة محكوم بدليل حاكم وهو ما دل على تحمل العاقلة خطأ الفاعل فلاحظ.

ثم قال صاحب الجواهر بعد أمره بالتأمل المذكور (١٤٨) ومنه حينئذ يتجه الضمان على الصبي والمجنون في مقام يفرض حصوله منهما على وجه يقتضي الضمان كالحفر في ملك الغير دون عاقلتها (عاقلتهما ظ) بل قد يقال بالضمان على الحافر عدواناً ولو بعد موته فضلاً عن جنونه المتأخر عن ذلك، لاطلاق ما يدل على التسبيب الذي لا تفاوت فيه بين المكلف وغيره كما في نظائر المقام فتأمل جيدا، فانى لم أجده منقحاً في كلامهم والله العالم.

أقول: ما دل على ضمان عاقلة المعتوه والصبي (باب ١١ من أبواب العاقلة ئل ج٢٩/٤٠٠ والاعمى (ب ١٠ من أبواب العاقلة ئل ص٣٩٩) يشمل المقام ظاهر باطلاقه، واما ضمان بعد موته فلا بأس به ان شاء الله.

٤ ـ إذا حفر بئراً في الطريق عدوانا فسقط شخصان فيها فهلك كل

واحد منهما بسقوط الآخر فيهما فالضمان على الحافر. كما تقدم من اطلاق الخبر على ضمانه، ولا فرق ظاهراً بين أن يكون موت كليهما مستنداً إلىٰ سقوطهما في البئر معاً أو إلىٰ سقوط كل منهما فيهما مستقلاً ولا موجب لضمان كل منهما للآخر، في الفرض الاول، فان الموضوع للضمان القتل الاختياري ولو كان خطأ، والمفروض في المقام ان السقوط لم يكن باختيارهما كما ذكره السيد الاستاذ في المباني (ج٢٦١/٢).

٥ ـ ولو قال ألق متاعك في البحر لتسلم السفينة، فألقاه فلا ضمان، سلمت أو لم تسلم وفاقاً لجمع، كما لو قال: اعتق عبدك، فاعتقه، او طلق زوجك فطلقها، لاصالة عدم الضمان.

وفي مباني السيد الاستاذ (ج٢٦١/٢) وكانت هناك قرينة على المجانية وعدم ضمان الآمر فلا ضمان عليه فهو (قده) سيرىٰ أن بناء العقلاء على أن نفس امر الغير باتلاف ماله لا مجاناً موجب للضمان إذا أتلفه، فعدم الضمان محتاج إلىٰ دلالة قرينة، لكنه غير واضح، وربما ينافي حكمه في المسألة الآتية (٢٦٢).

وأمّا الفرق بينه وبين قوله أدّ ديني فأدّاه حيث يرجع عليه، ان أداه، فوجوه كالاجماع وأن اداء دينه منفعة لا محالة، وإلقاء المتاع قد يفضي إلىٰ النجاة وقد لا يفضي فلا يضمن إلّا مع التصريح كما في المسالك (١٤٩/٤٣) وأن المفهوم من الأمر بالاداء، التوكيل في ذلك، فيكون حينئذ امراً بالاداء كالقرض عليه كما في الجواهر (١٤٩/٤٣).

والاظهر أن وجه الضمان قيام بناء العقلاء على ان كل من استوفى مال

الغير فهو له ضامن ، سواء كان منفعة كحلاقة الشعر والخياطة وغيرهما او عيناً كأكل طعامه في المطاعم .

واما إذا زاد في قوله : وعلّي ضمانه ضمنه مطلقاً فانه ضمان عقدي او مثله . وفي الشرائع : دفعاً لضرورة الخوف الّتي شرع فيها ذلك بلا خلاف بين الشيعة وغيرهم سوىٰ أبي الثور . وعن الخلاف دعوىٰ اجماع الامة عليه سواه وتقدم في كتاب الضمان (المسألة ٤٢) دعوى الإجماع عليه من صاحب العروة عليه ايضاً .

نعم هو من ضمان ما لم يجب وقد ذكروا له وجوهاً أربعة (١٥٠/٤٣) لكن الحق عدم الحاجة اليها لبناء العقلاء عليه والظاهر ان الاجماع ليس تعبديا . والاقوى صحة هذا العقد لبناء العقلاء عليه ولقوله ﷺ المسلمون عند شروطهم .

ومنه يظهر صحته وان لم يخف غرق السفينة إذا كان له غرض عقلائي : وقد مر بحثه في كتاب الضمان خلافاً لجمع حيث انكروا صحة الضمان في فرض عدم الخوف ، بل عن المسالك الإجماع على عدمها ولكنا لا نقبله .

فروع :

أوّلها : ان قال خرق ثوبك وعليّ ضمانه أو اجرح نفسك وعليّ أرشه ، لا يلزم ضمانه ففي الشرائع لانه ضمان ما لم يجب ولا ضرورة فيه وقيل (١٥٠/٤٣) لا خلاف فيه . وعن جمع ، الضمان إذا كان فيه فائدة عقلائية لكنهم اعتبروا عدم اختصاص الفائدة بصاحب المتاع ، لانه فعل ما هو واجب عليه لمصلحة نفسه فلا يستحق به عوضا كما لو قال للمضطر :

كل طعامك انا ضامن. وفي الجواهر (١٥١/٤٣): ولكن احتمل غير واحد الضمان عملاً باطلاق الفتاوى ومعقد الاجماع أو نفي الخلاف وغير ذلك مما عرفت وهو قوي جداً وهو المختار إذا كان هناكغرض عقلائي لبناء العقلاء على صحته.

ثانيها: لو ألقى متاع غيره لخوفه عليه او على نفسه أو غيرهما ضمن، إذا لم يأذن له المالك بلا خلاف يجده صاحب الجواهر بين من تعرض له، لقاعدة الاتلاف وغيرها كمـا في الجواهر (١٥٢) وقال: وان كان في حال وجوب الالقاء على صاحب المتاع، إذ ليس هو ولياله..

اقول: ما افاده مخالف لما مر منه في الفرع الاول من المسألة (١٢) من التسبيب فلاحظ.

ثالثها: إذا قصّر من لزمه الالقاء فلم يلق حتى غرقت السفينة فعليه الإثم دون الضمان وكذا لو لم يُطعم صاحب الطعام، المضطرَ حتى هلك وان طلبه منه وكمن تمكن من خلاص انسان من مهلكة فلم يفعل، أثم ولا ضمان للاصل كما نص في المسالك وغيرها خلافاً لمحكي التحرير من ضمان مانع الطعام للمضطر إليه حتى مات، ورده في الجواهر (١٥٣/٤٣) بقوله: وهو مشكل ضرورة عدم مقتض للضمان من مباشرة او تسبيب او غيرهما من الأفعال التي رتب الشارع عليها الضمان، وليس ترك حفظه من الآفات منها وان وجب عليه، لكنه وجوب شرعي يترتب عليه الاثم دون الضمان. وقال: ومنه ترك انقاذ الغريق واطفاء الحريق ونحوهما. بل التروك جميعها لا يترتب عليه الضمان إذا كان علة التلف غيرها وهي شرائط وما نحن فيه منه، بخلاف الحبس عن الطعام مثلاً حتى مات جوعا ونحوه من الافعال انتهى.

أقول: وما افاده متين مقبول. ومنه يظهر الضمان اذا لم يرضع الام طفلها حتى مات جوعاً.

٦ ـ لو أمر شخصا بالقاء متاع في البحر وقال: عليّ وعلى ركاب السفينة ضمانه، فان قال ذلك من قبلهم بتخيل انهم راضون به، ولكنهم بعد ذلك اظهروا عدم الرضا به، قال الاستاذ ضمن الآمر بقدر حصته دون تمام المال، وعلل بان الظاهر من مثل هذا هو ضمان المجموع للمتاع على نحو الاشتراك (المسمىٰ بضمان الاشتراك) ومرجعه إلىٰ ضمان كل منهم ما يخصه على حسب التقسيط وعلى هذا لا موجب لضمان الآمر تمام المال، والوجه في ذلك، هو ان اتلاف المالك ماله وإلقائه في البحر مستند إلىٰ ضمان الامر مع الركاب الا إلىٰ ضمانه فحسب فلا موجب لضمانه تمام المال التالف. (المباني ج٢/٢٦٢).

اقول: هذا إذا كانت العبارة المذكورة ظاهرة فيما قال الاستاذ ولم يكن فيها اغراء وغرور للملقىٰ، والا فيمكن ضمان القائل بتمام التالف على وجه في قاعدة الغرور. وربما يقع المنافاة بين قولي الاستاذ في هذه المسألة وسابقتها.

ثم قال الاستاذ ﵀: وكذلك الحال فيما إذا ادعي الأذن من قبلهم ولكنهم انكروا ذلك خلافاً للشرائع (١٥٥/٤٣) والقواعد والتحرير حيث قال بضمان الآمر للجميع عند انكار بقية الركاب ولا وجه له، فان الضمان يحتاج إلىٰ سبب من تفريط او غرور من قبل الآمر ونحو ذلك. وشيء من ذلك لا يكون هنا إذا لم يثبت كذبه، واحتمل اشتباهه فيه، بل التفريط حينئذ من المالك من جهة عدم استبانته الحال ـ كما ذكره صاحب الجواهر أيضاً ص ١٥٥ ـ

اقول: الغرور محقق في المقام بناءاً على عدم اعتبار قصد الابهام في الغار. ولاحظ بحثه في كتابنا الارض في الفقه.

ثم قال: واما إذا قال ذلك مدعيا الاذن منهم او بدونه، لكن مع ذلك قال: لو لم يعط هؤلاء فانا ضامن، فانه يضمن التمام إذا لم يقبلوا... وهو واضح.

فرع: في الجواهر (١٥٤/٤٣) نعم ان القاه الآمر وقال: إني والركبان ضمنا ضمن الكل مع امتناعهم عليه للمباشرة خلافاً لبعض العامة حيث لم يضمنه الا بالحصة.

فرع آخر: عن المسالك ان المتاع الملقى لا يخرج عن ملك مالكه، حتى لو لفظه البحرعلى الساحل أو اتفق الظفر به فهو لمالكه، ويسترد الضامن المبذول ان لم ينقص قيمة المتاع والا نقص المبذول بنسبة النقص. وهل للمالك ان يمسك ما أخذ ويرد بدله، فيه وجهان.

اقول: يظهر الحال فيه في باب بدل الحيلولة على ما مر، ولاحظ الجواهر (١٥٥/٤٣).

٧ ـ إذا وقع من شاهق أو في بئر أو نحو ذلك فتعلّق بآخر ضمن ديته، لأنه من شبيه العمد، واما ان كان بقصد القتل، فقتل فالقود ان لم يقتل الاول، وعلى كل لا دية للاول، وان قتل هو ايضاً. كان دية الثاني على اهله[1].

وإذا تعلق الثاني بالثالث ضمن كل من الاول والثاني نصف دية الثالث لاشتراكهما في قتله بنحو شبه العمد، وإذا كان بنحو العمد المحض

---

(١) في رواية معتبرة ان القاتل إذا تعذر قصاصه يجب على أهله الدية ب ٤ من أبواب العاقلة.

فالقصاص وان تعذر فالدية على ما مر، وان جهل الاول تعلق الثاني بالثالث كان القتل بالنسبة إلى الاول من الخطأ المحض فديته على عاقلته. وإذا تعلق الثالث بالرابع ضمن كل من الثلاثة ثلث دية الرابع وهكذا وفرض الخطأ المحض والعمد يجري في الكل. هذا هو مقتضى القاعدة.

وهنا رواية معتبرة ـ بسند الشيخ والصدوق فلا يضر ارسالها بسند الكافي ـ وردت على خلاف القاعدة والتزم المشهور به كما قيل فنلتزم بها في موردها على سبيل الاحتياط الواجب، وهي صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام في اربعة اطلعوا في زُبية الاسد فخر أحدهم فاستمسك بالثاني واستمسك الثاني بالثالث واستمسك الثالث بالرابع حتى اسقط بعضهم بعضا على الاسد فقتلهم الاسد، فقضى بالاول فريسةً الاسد وغرم اهله ثلث الدية لاهل الثاني وغرم الثاني لاهل الثالث ثلثي الدية وغرم الثالث لاهل الرابع الدية كاملة (ئل ج٢٩/٢٣٦ ب٤ من أبواب موجبات الضمان).

٨ ـ لو جذب غيره إلى بئر او من شاتق وإلي بحر ونحو ذلك فسقط المجذوب، فمات الجاذب بسقوطه عليه فدمه هدر، لانه السبب في موته وكذا إذا وقع الاخر عليه بريح وبسبب غير اختياري وغير عاقل، فوقع عليه فمات فدمه هدر.

ولو مات المجذوب، ضمنه الجاذب ان كان شبيه عمد، أو ضمنه عاقلته ان كان خطأ محضاً كأن جذب لباسا او حبلاً فانجذب هو، واما ان قصد القتل او كان عمله مما يؤدي إلى القتل غالباً فالقود، وان مات الجاذب فدية المجذوب في مال الجاذب، وان لم يكن له مال ففي مال الاقرب فالاقرب من اهله كما اشرنا اليه (ب٤ من أبواب العاقلة.)

وفي الجواهر: (١٦١/٤٣) بلا خلاف وإشكال في شيء من ذلك، سواء كانت البئر محفورة عدواناً اولا، مع فرض تعمد الجاذب ذلك، ضرورة تقديم المباشر على السبب.

اقول: عدم تأثير الحفر العدواني آت في المسأله الآتية ايضاً.

٩ ـ لو سقط في بئر مثلا فجذب ثانيا، والثاني ثالثاً فسقطوا فيها جميعاً فماتوا بسقوط كل منهم على الآخر، فعلى الاول ثلاثة أرباع دية الثاني كما في مباني التكملة (ج٢٦٥/٢) وقال في وجهه ان الثاني بما أن موته مستند إلىٰ جذب الاول اياه وإلىٰ جذبه الثالث، فيثبت نصف ديته على الاول من ناحية جذبه له، وحيث ان وقوع الثالث مستند إلىٰ جذب كل من الاول والثاني دون الثاني وحده، فيثبت على الاول ربع دية الثاني ايضاً بسقط ربع ديته من ناحية فعل نفسه وهو جذبه الثالث.

اقول: سوف يأتي نقاشه.

ثم قال الاستاذ ﷺ: وعلى الثاني ربع دية الاول، لان موته بما انه مستند إلىٰ سقوط الثاني والثالث عليه فتسقط ثلاثة ارباع ديته، اما سقوط نصفها فمن جهة استناده إلىٰ جذبه وحده الثانيَ واما سقوط ربعها فمن جهة اشتراكه مع الثاني في جذب الثالث.

اقول: هذا مبني على موت الاول بسقوط الثاني والثالث معا، دون سقوط الثاني وحده عليه كما هو ظاهر كلامه في متن المباني، فلو مات الاول بسقوط الثاني، لا شيء للاول لان فعله تسبب سقوط الثاني فموته من فعل الاول. وسيأتي ما فيه.

ثم قال: وعلى كل واحد من الاول والثاني نصف دية الثالث لاستناد موته إلىٰ جذب كليهما، فلا محالة تتقسط ديته عليهما. ودعوىٰ ان موت

الثالث مستند إلى جذب الثاني فقط ، لانه غير ملجأ إلى جذبه فهو المباشر للجذب دون الاول . لا يمكن المساعدة عليها ، لان سقوط الثالث معلول لجذب الاول والثاني وجذبه الثالث معاً . وبانتفاء واحد منهما ينتفي السقوط ، فالسقوط مستند اليهما لا محالة .

اقول : ما ذكره ﷺ غير واضح فان المباشر اقوى من السبب[1] فموت الثالث مستند إلى الثاني فقط وفاقاً لجمع ، وعليه دية الثالث كاملة وموت الثاني مستند إلى جذب الاول ووقوع الثالث عليه الذي من فعل الثاني ، فنصف ديته على الاول ونصفها الاخر هدر . اما الاول فان مات بسقوط الثاني فدمه هدر لانه من فعله ، فموته مستند إلى نفسه وان كان بوقوع الثاني والثالث فنصف ديته على الثاني من جهة ان وقوع الثالث على الاول من فعل الثاني ، فان كان الاول والثاني رجلين أو إمرءتين مثلاً يحصل التهاتر بينهما ، وان كان أحدهما رجلاً والأخر إمرة يحصل التهاتر بالنسبة . وعلى كل لا شيء على الثالث على كلا القولين . ومن كل ذلك يظهر الحال فيما إذا جذب الثالث رابعاً وهكذا .

فرع : لو زلق انسان على طرف البئر مثلاً المحفورة عدواناً فتعلق باخر بقصد الاستمساك به وجذبه وتعلق الآخر بثالث كذلك ووقع بعضهم على بعض فماتوا . فالاول مات بثلاثة اسباب : صدمة البئر وثقل الثاني وثقل الثالث ، فيسقط ما قابل فعله وهو جذبه الثاني المقابل بثلث الدية ويبقى على الحافر ثلث وعلى الثاني ثلث لانه جذب الثالث ، وعن المسالك

---

(١) ثم وقفت على كلام الجواهر الموافق للمختار وقال (١٦٢/٤٣) وبذلك اتضح لك عدم اشتراك السبب مع المباشر في الضمان بحال ، بل الضمان بها خاصة ، الا مع قوة السبب ، فيخص حينئذ بالضمان لا أنه..

احتمال هدر صدمة البئر ، لان حفرها سبب وجذبه للثاني مباشرة فصار كمن رمىٰ نفسه في بئر محفورة عدوانا في عدم وجوب الضمان على الحافر . وأجابه في الجواهر (١٦٥/٤٣) بان ابتداء السقوط لم يكن بفعله ، إذ الفرض انه زلق والجذب وجد بعد ذلك . هذا كله في الاول . واما الثاني فقد هلك بسببين : جذبه الثالث وجذب الاول له ، فهدر نصف ديته ، المقابل بفعله ويبقى له النصف على الاول الذي جذبه ، ولا شيء على الحافر لقوة المباشر على وجه صار الجاذب كالدافع .

واما الثالث فيجب تمام ديته على الثاني أو عليه وعلى الاول على البحث السابق كما عرفته .

وفي المسألة فروع اخرىٰ مذكورة في الجواهر (١٦٦/٤٣ و١٦٧) .

هذا كله في موجبات الضمان في باب الديات .

الضمان بالارش والحكومة

اعضاء بدن الانسان، إما فيها دية مقدّرة معينة شرعا، واما ليست فيها تلك. والثانية عند المشهور فيها الأرش ويسمىٰ بالحكومة.

وفي الجواهر (١٦٨/٤٣) فليس مع عدم التقدير إلّا الحكومة، وإلّا كانت جناية لا إستيفاء لها، ولاقصاص ولادية. وهو مناف لما يمكن القطع به من الأدلّة كتاباً وسنة وإجماعاً..

قلت:: ومن الكتاب، الآيات الدالة على العدل والقسط المستنبط منها قاعدة العدل.

وفي معتبرة ابي بصير عن الصادق عليه السلام ان عندنا الجامعة.. صحيفة فيها كل حلال وحرام وكل شيء يحتاج إليه الناس حتى الأرش في الخدش.. فغمزني بيده وقال: حتى أرش هذا (ثل ج٢٩/٣٥٦).

يظهر منه عموم الدية لكل شيء وان لم تصل إلينا، لكن ذكرنا في محله انه لا يمكن احتواء الجامعة على جميع الاحكام تفصيلاً، فلعله ذكر بنحو الاجمال والكلّية. ففي صحيح عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: دية اليد إذا قطعت خمسون من الابل وما كان جروحاً دون الاصطلام، فيحكم به ذو أعدل منكم، ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون (ب٩ من ديات الشجاج والجراح آخر الجزء ٢٩ من الوسائل).

يستفاد من الرواية صحة حكم ذوي عدل منفرداً عند غيبة الحاكم الشرعي أيضاً.

وفي ذيل صحيح أبي عبيدة: فالدية على الامام ولا يبطل حق امره

مسلم (ب٣٥ من أبواب قصاص النفس).

وفي بعض الروايات: لا يبطل دم إمرء مسلم. الباب ٢٤ من أبواب الشهادات ح١ وب٤٦ من ابواب قصاص النفس ح٢ والباب ٢ ح١ والباب ١٠ ح٥ من أبواب دعوى القتل.

وهذه التعليلات تدل على لابدية أخذ الدية في غير ماله مقدر شرعاً.

تفسير الحكومة:

يقول صاحب الجواهر حولها (١٦٨/٤٣) وفيه ما يكون العبد اصلا للحر كما هو اصل له فيما فيه مقدر، بلا خلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه.

وتوضيحه ان يفرض الحر مملوكاً فيقوّم صحيحاً مرة وغير صحيح أخرىٰ ويؤخذ ما به التفاوت بينهما[1]. إذا كانت الجناية توجب التفاوت واما إذا لم توجبه فالامر بيد الحاكم، فله إن ياخذ من الجاني ما يرىٰ فيه مصلحة كما في مباني تكملة السيد الاستاذ (٢٦٦/٢) ثم استشكل عليه بان الاجماع المدعى في المسألة انما هو الإجماع على الحكومة. واما تفسيرها المذكور في الجواهر فغير ثابت بدليل ولا اجماع عليه. فاذن الصحيح ان للحاكم اصدار الحكم مطلقاً حتى فيما إذا كانت الجناية موجبة للتفاوت.

اقول: ويضاف إلىٰ ذلك إنه لا سبيل لنا إلىٰ احراز قيمة العبد، إذ لا

---

(١) في محل آخر من الجواهر هكذا: والمعنىٰ انه يقوم المجروح صحيحاً لو كان مملوكاً تارة، ويقوم مع الجناية اخرىٰ وينسب إلىٰ القيمة الاولىٰ ويعرف التفاوت بينهما ويؤخذ من الدية للنفس لا للعضو بحسابه.

ولاحظ كتابنا الفقه ومسائل طبية ص ٢٩٩ ص٣٠٠.

عبد اليوم كما لا يخفى .

وعليه اشكال آخر ايضاً من المعاصرين فلاحظ كتابنا الفقه ومسائل طبية (ج ٢٩٩/١ ـ ٣٠١) لكن اصدار حكم الحاكم من دون استناد إلى عدلين خبيرين متعسر .

ثم لا يبعد ان يقال بضمان ما يصرفه في علاجه حتى من أجرة السيارة وتفويت منافعه لترك كسبه لاجل التداوي فضلا عن اجرة الطبيب وقيمة الادوية في هذه الاعصار .

وهل يجري مثله في القسم الأول (وهو ماله دية مقدرة شرعاً) خصوصاً إذا كانت مؤنة العلاج اكثر من الدية بكثير يحتمل ذلك لقاعدة العدل فلاحظ .

واما مباحث الضمان بالقتل والقطع فلسنا نبحث عنها فانها مفصلة في كتاب الديات .

ضمان المفتي :

في معتبرة عبد الرحمن بن الحجاج : كان ابو عبدالله قاعداً في حلقة ربيعة الرأي فجاء اعرابي فسأل ربيعة الرأي عن مسألة فاجابه فلما سكت قال له الاعرابي : أهو في عنقك؟ فسكت عنه ربيعة ولم يرد عليه شيئاً ، فاعاد المسألة عليه فاجابه بمثل ذلك ، فقال له الاعرابي : أو هو في عنقك؟ فسكت ربيعة . فقال ابو عبدالله عليه السلام هو في عنقه قال او لم يقل. كل مفت ضامن[1] .

---

(١) ئل ٢٢٠/٢٧ ب٧ من أبواب آداب القاضي .

ليس الضمان في الرواية بمعناه المصطلح من جعل مال في الذمة؛ بل الظاهر ارادة المسؤولية الاخروية. لكن إذا افتى مفت فتوىٰ اوجب ضرراً احد او قضىٰ قاض قضاء فيه ضرر على احد الطرفين فامتثل المكلف فتواه او حكمه ثم تبين خطأه ففي ضمانها بحث لاجل قاعده الاتلاف وقوة المباشر وإذا فرضنا صحة الثاني فلا ضمان عليهما الا بقاعدة الغرور، لكن إذا خصصناها بقصد الابهام فلا يثبت بهما ضمان عليهما الانتفاء قصد الإبهام في حقهما على الفرض.

ويمكن التفصيل في الضمان بين الجامع للشرائط الشرعية منهما وفاقدها، فيحكم بضمان الثاني دون الاول، بل هو الظاهر إذا قصد الايهام.

واما القابض فان بقى المال عنده إلىٰ وقت تبين الخطأ فللما لك استرداده، وان تلف ففي ضمانه وجهان من الغرور ـ إذا لم يكن متعمداً وكاذباً ـ والاتلاف ولعله الاظهر.

ضمان المبيع على من ليس له خيار

في محكى الدروس في احكام القبض: وبالقبض ينتقل الضمان إلىٰ القابض إذا لم يكن له خيار، وظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري في عدم ضمانه للمبيع المقبوض كما ذكره الشيخ ﷺ في مكاسبه[1].

وعن السرائر فكل من كان له خيار فالمتاع (فالمبتاع ـ ظ) يهلك من مال من ليس له خيار لانه قد استقر عليه العقد، والذي له خيار ما استقر عليه العقد ولزم...[2].

---

(١) ص ٣٠٠ مطبعة اطلاعات ١٣٧٥ هـ. ق.

(٢) المصدر السابق.

وقال الشيخ الأنصاري: ان الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا اشكال ولا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع. وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف...[١].

اقول: في صحيح عبدالله بن سنان انه سأل ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري العبد والدابة بشرط إلىٰ يوم او يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث علىٰ من ضمان ذلك؟

فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترطه. قال: وان كان بينهما شرط أيّاماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع[٢].

وفي معتبرة عبد الرحمن بن أبي عبدالله: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترىٰ أمة بشرط من رجل يوما أو يومين فماتت عنده وقد قطع الثمن، على من يكون الضمان؟ فقال: ليس على الذي اشترىٰ ضمان حتى يمضي شرطه[٣] وتؤيده روايات الباب غير المعتبرة.

قال الشيخ رحمه الله بعد عبارة السرائر: انه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار، فتثبت القاعدة المعروفة من ان التلف في ضمان (زمان ـ ص) الخيار ممن لا خيار له من غير اقسام الخيار ولا بين الثمن والمثمن كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب...[٤].

إلىٰ ان قال بعد جملة من كلماتهم: لكن الانصاف انه لم يعلم من

---

(١) المصدر السابق.

(٢) ئل ج١٨/١٤ ب٥ من أبواب الخيار.

(٣) المصدر السابق ح١

(٤) المصدر السابق.

حال احد من معتبري الاصحاب الجزم بهذا التعميم فضلا عن اتفاقهم عليه، فان ظاهر قولهم التلف في زمان الخيار هو الخيار الزماني وهو الخيار الذي ذهب جماعة إلىٰ توقف الملك على انقضائه لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها...

أقول: والعبرة بالحديثين المعتبرين وليس لهما اطلاق او عموم يشمل جميع الخيارات[1].

فالضمان على من لا خيار له مخصوص بخيار الحيوان والشرط دون سائر الخيارات حتى خيار المجلس إذا أسقط البائع خياره وانفرد المشتري بالخيار خلافاً لمن مال فيه إلىٰ ضمان من لا خيار له. وفي ثبوت الضمان على المشتري إذا كان خيار الشرط للبائع وجهان ويشكل اثباته بالروايات المعتبرة واما ان هذا المضمون هو المسمىٰ أو المثل والقيمة ففيه بحث لاحظ القواعد الفقهية ج١٢٢/٢ وما بعدها.

معنى هذا الضمان

وقال الشيخ ﷺ ايضاً: ثم ان ظاهر كلام الاصحاب وصريح جماعة ان المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلىٰ غيره هو بقاء ضمان الثابت قبل قبضه وانفساخ العقد آنا ما قبل التلف وهو الظاهر من قول الشهيد في الدروس. وبالقبض ينتقل.. حيث ان مفهومه انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه، بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض وقد عرفت ان معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد وتلفه في ملك ناقله.

---

(١) المكاسب ص ٣٠٢.

بل هو ظاهر القاعدة وهي ان التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له ، فان معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له ، مع ان ظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكه ، وقاعدة التلازم بين الضمان والخراج ، فانا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنا ما لم يلزم مخالفة شيء من القاعدتين[١] .

ضمان المعاوضة :

إذا وقعت المعاوضة باطلة فاسدة لا ضمان بها إلّا في فرض القبض ، فالمقبوض بالعقد الفاسد يضمن فيما يضمن بصحيحه كما تقدمت الإشارة إليه .واما إذا صحت المعاوضة فيثبت ضمان كل عوض بعوضه مضمونا على مالكه الاول إجماعاً مستفيضاً بل محققاً ويسمى ضمان المعاوضة[٢] .

(استثناء)

لكن إذا تلف المبيع قبل قبضه فتلفه من مال بائعه دون المشتري وذلك للنبوي المشهور من غير طريقنا : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه . . ومرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف آنا ما ، ليكون التالف ما لا للبائع . . . وتلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكرنا . . . بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه . . .[٣] وقد تقدم هذا

---

(١) المكاسب ص ٣٠٢ .

(٢) المصدر السابق ص ٣١٣ .

(٣) المصدر السابق ص ٣١٤ .

البحث .

وسيدنا الاستاذ الخوئي حيث لم يعتمد على الاجماع المنقول والبنوي المرسل ذكر وجهاً آخر في مصباح الفقاهة ج٥٣٧/٧ طبعة بيروت فلاحظ[1] .

ثم العوضان في المعاوضة ان كانا كليين في الذمة فالضمان بمعناها المصطلح واما ان كان العوضان او احدهما شخصياً خارجيا فان قلنا بعدم المنافاة بينه وبين كونه في الذمة ايضاً من جهة ان الاعتبار خفيف المؤمنة كما تقدم عن السيد الاستاذ الحكيم في مستمسكه ، فلا منافاة ايضاً واما على فرض المنافاة فالضمان المزبور نوع اخر غير ما هو مصطلح .

---

(١) ولاحظ القواعد الفقهية ج٦٢/٢ إلى ٨٣ .

قال المحقق في وديعة الشرائع: ولا يلزمه ـ اي المستودع ـ دركها ـ أي درك الوديعة ـ لو تلفت من غير ـ تعد فيها ولا ـ تفريط أو أخذت منه قهراً.

وعقبه في الجواهر بقوله: بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى الاصل وقاعدة الإيتمان المعلوم من الكتاب والسنة والإجماع والعقل عدم استتباعها الضمان. نعم لو كان هو الساعي في أخذها قهراً منه توجه الضمان حينئذ لصدق الخيانة والتفريط معه، بل ربما يظهر من ثاني المحققين الضمان بمجرد إخباره بهما وان لم يكن على وجه السعاية...[1].

وقال أيضاً في الجواهر: والتحقيق الحكم ببراءة ذمة الأمين وخصوصاً الودعي مع الشك في تحقق سبب الضمان ولو للشك في الاندراج تحت ما جعلوه عنوانا له من التعدي والتفريط، لأن عموم على اليد ونحوه مخصص بقاعدة الايتمان...[2].

اقول: لا باس بما ذكره أولاً، وإنّما الكلام في فرض الشك وقد عرفت اختلاف الروايات ونظر المشهور فيه.

ثم قال: ثم لا فرق في الأخذ قهراً بين ان يتولى أخذها من يده،

---

(١) الجواهر ج٧ ١٠٢/٢ و١٠٣.

(٢) المصدر ١٠٣.

وبين ان يأمره بدفعها إليه بنفسه، فيدفعها له كرها، لصدق الاكراه وعدم التفريط فيهما، ولا ضمان عليه فيهما، وانما ضمان المال على الظالم، فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه، وفاقاً للاشهر، بل المشهور، وخلافاً للمحكي عن أبي الصلاح وأبي المكارم والفاضل في التذكرة ومحكي التحرير من جواز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه إلى من أمره الظالم، لأنه باشر تسليم مال الغير بيده فيشمله عموم على اليد[١] وان كان قرار الضمان على الظالم.

الا انه كما ترى مناف لاطلاق ما دلّ على عدم ضمانه مما عرفت، بل ولقاعدة الإحسان وغيرها التي قد عرفت تحكيمها على قاعدة اليد.

نعم لا اشكال في رجوعه لو أمره بمباشرة إتلافه بنفسه، ولو على جهة الانتفاع به، لقاعدة الإتلاف التي لم يثبت تخصيصها بقاعدة الايتمان لكن من جهة قوة السبب هنا على المباشر، كان قرار الضمان عليه، لا اصل جواز الرجوع...[٢].

أقول يشكل الفرق بين الاتلاف غير العمدي وتسليم المال إلى الظالم مباشرة، فان ذلك اتلاف عند العرف خصوصاً إذا لم يمكن رده. ويشير اليه كلام الجواهر في اخير بحثه: ومن ذلك يظهر حينئذ قوة قول الفاضل بناء على ان تسليمها إلى الظالم من أقسام الاتلاف ايضاً فتأمل[٣].

الا ان يقال ان الضمان في فرض التسليم ضمان حيلولة لا ضمان اتلاف عند الفقهاء على ما مر، نعم إذا تلف المال عند من امر الظالم دفعه

---

(١) عرفت ان الرواية عامية مرسلة لا اعتبار بها.

(٢) المصدر السابق ١٠٣.

(٣) المصدر ص ١٠٤.

اليه توجه الايراد فلاحظ .

ويمكن ان نستدل لنفي اصل الضمان بقوله ﷺ : رفع ما أكرهوا عليه فانه يقتضي رفع الحكم وضعا وتكليفا الا ما خرج كما ذكره في الجواهر ايضاً (١٤٦/٢٧) ولا يبعد أن يقال بحكومة حديث نفي الاكراه ونفي السبيل على قاعدة من اتلف وغيرها ولم أجد خصوصية لقاعدة من أتلف لا تقبل حكومتهما عليها . فتأمل .

بحث روائي ننقل فيه الاحاديث المعتبرة سندا فقط :

١ ـ حسنة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة موتمنان . .[١] ورواه الصدوق عن حماد وزاد : وقال في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقه ، قال : هو مؤتمن[٢] .

٢ ـ حسنة زرارة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن وديعة الذهب والفضة؟ فقال : كل ما كان من وديعة ولم تكن مضمونة لا تلزم[٣] .

اقول : ضمانها بالتقصير والتعدي وبالاشتراط ، لكن لا اطلاق في الرواية يثبت الضمان بالشرط اي مشروعية شرط الضمان .

٣ ـ معتبرة محمد بن مسلم ـ بسند التهذيب دون الكافي ـ عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يستبضع المال[٤] فيهلك او يسرق أعلى

(١) الوسائل ٧٩/١٩ كتاب ا لوديعة باب ٤ .
(٢) المصدر .
(٣) المصدر .
(٤) قيل : الابضاع هو أن يدفع الانسان إلىٰ غيره مالاً ليبتاع به متاعا ولا حصة له في ربحه بخلاف المضاربة (عن مجمع البحرين) .

صاحبه ضمان؟ قال: ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل أميناً[١].

٤ ـ في رواية عن جعفر.. ان رسول الله ﷺ قال: ليس لك أن تتهم من قد أئتمنته...[٢].

سند الرواية لا بأس به لكن نسخة مصدرها ـ وهو قرب الاسناد ـ لم تصل بسند معتبر من مؤلّفه إلىٰ الحر والمجلسي.

٥ ـ معتبرة محمد قال: كتبت إلىٰ أبي محمد عليه السلام رجل دفع إلىٰ رجل وديعة (وأمره ان يضعها في منزله أو لم يامره (الفقيه) فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالفت أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن انشاء الله[٣].

ورواه في الفقيه باسناده عن محمد بن علي بن محبوب: قال: كتب رجل إلىٰ الفقيه وذكر مثله كما في الوسائل.

اقول: ربما يتوهم من الحديث الثاني صحة اشتراط ضمان المستودع من جانب المودع في فرض عدم الافراط والتفريط.

الا ان يقال مضافاً إلىٰ ما مرّ، ان المستودع في فرض عدم التعدي والتفريط محسن وقد قال تعالى: ما على المحسنين من سبيل. لكن في ثبوت اطلاق الآية يشمل نفي الضمان في المقام ونظائره تأملاً فلاحظ سياق الآية في سورة التوبة (٩١ و٩٢) ويؤيده قوله تعالى: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (النساء ١٤١) فانه لم يفهم منه نفي الضمان

---

(١) التهذيب ج٧/٢٢٠ برقم ٨١٢ طبعة مكتبة الصدوق سنة ١٤١٨ هـ .ق والوسائل ج١٩/٨٠ ويظهر من الوسائل إرسال السند وليس كذلك في التهذيب.

(٢) الوسائل ج١٩/٨٠.

(٣) المصدر ٨١.

للذمي على المؤمن.

ودعوى ان شرط الضمان كذلك غير مشروع، يرده انه من فضول القول في مقابل الحديث ان قبل دلالته على صحة شرط الضمان.

والاظهر عدم نفوذ الشرط لصحيح الحلبي او حسنته المتقدمة: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان. وقال: إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه الا ان يكون قد اشترط عليه (الكافي ج٥/٢٣٨).

فان اختصاص الشرط بالعارية له دلالة قوية على عدم جريانه في الوديعة والبضاعة فيحمل قوله (ولم تكن مضمونة) على فرض الافراط والتفريط ونحوهما.

والمستفاد من الحديث الثالث ان الامانة شرط في نفي الضمان ثبوتاً، فغير الامين يضمن من دون تعد وتفريط، لكن العرف خير شاهد على أن المراد من العبارة، مدخلية الامانة في دفع الضمان انما هو في مقام الاثبات، ومحصل المراد ان المستودع يضمن مع الافراط والتفريط أمينا كان أو خائناً، ومع الشك فيهما والنزاع في انه اتلفه او تلف عنده، فلا ضمان عليه ان كان أميناً والا فهو ضامن وعليه غرم، نعم يدفع عنه الضمان إذا اقام بينة على أن تلف المال لم يكن بتفريطه أو تعديه كما يأتي في الاحاديث الآتية، لكن المشهور لم يعتمدوا على هذه الروايات. بل في الجواهر: شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً. سواء اسنده إلى سبب اولا، وسواء كان ظاهرا كالغرق والحرق أو خفيا كالسرقة ونحوها. بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا، بل لم يحك الخلاف فيه الا من الشيخ في المبسوط فلم يقبل قوله الا بالبينة في التلف بامر ظاهر لعموم البينة. ولكن رماه بعضهم بالشذوذ

والعموم المزبور يجب[1]. تخصيصه بالاجماع الظاهر أو المحقق المحكي أو المحصل والمرسل.. ولانه أمين محسن...[2].

بل عن أبي علي وابي الصلاح انه لا يمين عليه إلّا مع التهمة... بل عن الصدوق والشيخ في النهاية وابن حمزة انه لا يمين عليه مطلقاً. بل في الفقيه: قضىٰ مشايخنا رضى الله عنهم على ان قول المودع مقبول فانه مؤتمن ولا يمين عليه. ولكن الاقوى الاول لقاعدة انحصار ثبوت الدعوىٰ بالبينة واليمين[3].

اقول: واحلافه هو مختار المحقق في الشرائع وهو الارجح لما يأتي.

ثم الرواية الاخيرة تدل على ضمان المستودع بالتصرف غير المأذون، نعم في اطلاقه بحث راجع وديعة الجواهر.

فرع: لو ابرء المودع المستودع من الضمان ففية قولان، الصحة كما في الشرائع والاشكال فيه كما في الجواهر، فانه ابراء عما لم يجب بعد. كما لو قال للغاصب ابرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك[4]. وعرفت نظرنا في ذلك في شرح ضمان العروة الوثقىٰ.

---

(١) لا يوجد عموم معتبر على حجية البينة بعد ضعف خبر مسعدة بن صدقة.

(٢) الجواهر ج١٤٨/٢٧.

(٣) حذفنا استدلاله بروايات غير معتبرة سنداً، فانها غير حجة عندنا.

(٤) الجواهر ج١٤٦/٢٧.

الضمان في العارية

١ ـ حسنة الحلبي المتقدمة: إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلّا أن يكون قد اشترط عليه.

٢ ـ حسنة ابن سنان قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن العارية؟ فقال: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً[1].

يجري فيه ما قلنا في الحديث الثالث المتقدم في الوديعة.

٣ ـ حسنة ابي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام ... بعث رسول الله صلى الله عليه وآله إلى صفوان بن أمية فاستعار منه سبعين درعا باطراقها، فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله: بل عارية مضمونة[2].

٤ ـ معتبرة محمد بن مسلم ـ على المشهور ـ عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك او تسرق؟ فقال: إذا كان أمينا فلا غرم عليه[3].

اقول: يجري فيه ما اشرنا إليه في الثانية.

٥ ـ معتبرة محمد بن قيس ـ على المشهور ـ قضى ـ أمير المؤمنين في رجل اعار جارية فهلكت من عنده ولم يبغها غائلة (اى شرا وفسادا) فقضى ان لا يغير مهما المعار، ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة[4].

٦ ـ معتبرة ابن مسكان ـ على المشهور ـ عن ابي عبدالله عليه السلام: لا

---

(١) الوسائل ج١٩/٩٢.

(٢) التهذيب ج٧/٢١٧ برقم ٧٩٩ والوسائل ج١٩/٩٣.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) التهذيب ج٧/٢١٧ برقم ٨٠٠.

تضمن العارية الا أن يكون اشترط فيها ضمانا الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمان[١].

ورواه في الكافي عن ابن سنان وكذلك في بعض نسخ التهذيب فلاحظ. الوسائل ج١٩/٩٦.

٧ ـ حسنة زرارة: قلت لابي عبدالله عليه السلام العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة، فانهما يلزمان الا ان يشترط انه متى توىٰ لم يلزمك تواه وكذلك جميع ما استعرت واشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك[٢].

٨ ـ معتبرة مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمد قال سمعته يقول: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت او سرقت او ضاعت إذا كان المستعير مأموناً[٣].

اقول: مدلول جميع الروايات ما في حسنة زرارة برقم ٧ كما لا يخفى فلا يشترط كون الذهب والفضة مسكوكين، وذكر الدنانير في السادسة محمول عرفا على ذكر بعض افراد الذهب.

واعلم ان ضمان عارية النقدين تعبدي صرف، فان المالك أقدم على المجانية، فلا يجري فيها قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، حتى يحكم بضمان العارية الفاسدة فيهما، ولذا صرح بعضهم بعدم الضمان في الفاسدة. (القواعد الفقهية ج٢/١٠١).

ويمكن استثناء مورد من عدم الضمان في فرض التلف بالاستعمال فلاحظ الجواهر (ج٢٧/١٦٤).

---

(١) المصدر ٢١٨ برقم ٨٠٤.

(٢) المصدر برقم ٨٠٦.

(٣) الوسائل ج١٩/٩٤.

تتمة فقهية :

في الشرائع والجواهر : لا خلاف ولا إشكال في ان (العارية امانة) . . فهي كغيرها في الامانات (لا تضمن الا بالتفريط في لحفظ أو التعدي او باشتراط الضمان) زيادة على الوديعة للاجماع بقسميه والنصوص . . . وكذا تزيد على الوديعة بانها (تضمن إذا كانت ذهبا او فضة وان لم يشترط) الضمان . بلا خلاف أجده فيه في الدراهم والدنانير منهما . بل الاجماع بقسميه عليه والنصوص . . ثم نقل شمول الحكم لمطلق الذهب والفضة عن جمع من الفقهاء وجعله اقوى لحسنة زرارة المتقدمة وغيرها[1] .

وقال ايضا : (إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه) لأن ذلك مقتضى ايتمانه وكذا في عدم التفريط والتعدي . (ولو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمنيه) لقاعدة البنية على المدعى واليمين على من انكر ، والايتمان لا يقتضى تصديقه في الرد وقبوله في الودعي للنص (٢٠٠/٢٧) .

أقول : في كلامه في الودعي نظر .

وقال أيضاً : (لو فرط في العارية وتلفت كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم يكن لها مثل) وإلا كان عليه مثلها (وقيل اعلى القيم السوقية من حين التفريط إلى وقت التلف) . اخذا باشق الاحول كالغاصب الذي فيه مع ذلك اقوال اخر ايضاً .

ولا ريب في أن (الاول اشبه) باصول المذهب وقواعده ، لانه وقت اشتغال الذمة بالعوض الذي هو بدل العين ورده قائم مقام ردها ، نعم لو كان التفاوت في القيمة لنقص في العين اتجه الضمان حينئذ . كما هو واضح (ج٢٠١/٢٧) .

---

(١) ج١٨٤/٢٧ - ١٨٣ .

الضمان في المضاربة

١ ـ صحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى ان يخرج به فخرج؟ قال: يضمن المال، والربح بينهما[١].

اقول: ومثله غيره من روايات الباب وهذا الضمان المعلق أو التقديري من ضمان الاستيلاء (اليد) لكن في صحيح الحلبي: فان جاوزها ـ الارض المعينة ـ وهلك المال فهو ضامن[٢].

وعليه يكون الضمان فعليا غير مقدر ومعلق. وكلا الفرضين صحيح.

٢ ـ معتبرة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عن علي عليه السلام: من إتجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان، وقال: من ضمّن تاجرا فليس له إلّا رأس ماله وليس له من الربح شيء[٣] وبحثه في محله.

٣ ـ معتبرة الحلبي عن الصادق عليه السلام: انه قال في الرجل يعطي الرجل المال، فيقول له: ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها. قال: فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما رحمه الله[٤].

فرع: ولو قال العامل ربحت ثم خسرت او تلف الربح، قبل لانه أمين يصدق بالنسبة إلى ذلك. نعم قيده في التذكرة فيما إذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل بان عرض في السوق كساد، والا لم يقبل.

---

(١) الوسائل ج١٩/١٥ اول كتاب المضاربة.

(٢) المصدر: ١٥ و١٦.

(٣) و(٤) الكافي ج٥/٢٤٠.

وقال في الجواهر: ولا بأس به[١] وقال في محل آخر[٢]: لا خلاف ولا اشكال في ان العامل امين، بل هو اجماعي فلا يضمن حينئذ ما يتلف إلّا عن تفريط او خيانة ولو للتعدي فيه، بان فعل ما فيه ما لم يأذن له شرعاً فيه..

•

الضمان في الإجارة

١ ـ اكترىٰ ابو ولاد بغلاً إلىٰ قصر ابن هبيرة، فلما صار قرب قنطرة الكوفة توجه إلىٰ النيل ثم إلىٰ بغداد ثم رجع إلىٰ الكوفة بعد ١٥ يوماً، فقال له الصادق عليه السلام: أرىٰ له عليك مثل كراء بغل ذاهبا من الكوفة[٣] إلىٰ النيل ومثل كراء بغل راكبا من النيل إلىٰ بغداد ومثل كراء بغل من بغداد إلىٰ الكوفة، توفيّه إياه. قال جعلت فداك، قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟ فقال: لا، لانك غاصب[٤] قال:

فقلت له: ارأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته[٥].

قلت: فان اصاب البغل كسر أوْ دبر أو غمز؟ فقال: عليك قيمة ما

---

(١) ج٣٧٣/٢٦.

(٢) المصدر ص ٣٧٨.

(٣) بيان أجرة المثل مطلقاً ربما يدل على بطلان الاجارة والا لتعين عليه الاجرة المسماة فيما قبل التجاوز عن طريق قصر ابن هبيرة فلاحظ.

(٤) لا يخص الحكم بالاجارة فكل غاصب لا يستحق ما انفقه.

(٥) في حاشية الوسائل لمؤلفها: أي الضمان قد ثبت ذلك اليوم لا قبله، فالنقصان السابق عنا وقيمة غير مضمون. قلت: فهذا يدل على صحة الاجارة قبل المخالفة، والا لضمن ضمان الاستيلاء. (واليد).

بين الصحة والعيب يوم ترده عليه...[١].

ويؤيده روايات في الباب، لكن في اسانيدها خلل.

٢ ـ حسنة الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن القصّار يفسد؟ فقال: كل أجير يعطى الاجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن[٢].

ورواه الصدوق في الفقيه (ج٢٥٣/٣ رقم ٣٩٢٠) عن حماد عن الحلبي عنه عليه السلام هكذا: في الرجل يعطي الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل اعطيته أجراً على ان يصلح فافسد فهو ضامن. (ئل ج١٤٧/١٩)

٣ ـ وبالاسناد عنه عليه السلام انه قال في الغسال والصباغ: ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بيّن انه قد سرق وكل قليل له أو كثير، فان فعل فليس عليه شيء وان لم يقم البينة وزعم انه قد ذهب الذي أدعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينة على قوله[٣].

العبارة مشوشة إلىٰ حد ما ويحتمل ضعف الراوي في بيان مراد الامام، فيشكل الاعتماد على ذيل الرواية من الضمان في فرض عدم اقامة البينة.

٤ ـ ورواه الشيخ بسند آخر معتبر وزاد: وعن رجل استأجر أجير فاقعده على متاعه فسرقه؟ قال: هو مؤتمن. اطلاقه يشمل فرض الاقعاد لحفظ المتاع او شرائه مثلاً[٤].

لكن الرواية ناظرة إلىٰ مقام الثبوت ولا دلالة لها إلىٰ نفي لزوم اليمين او البينة عند النزاع.

٥ ـ وبالاسناد الاول المعتبر عنه عليه السلام: كان امير المؤمنين يضمن

---

(١) الوسائل ج١١٩/١٩ ـ ١٢٠.

(٢) الوسائل ب٢٩ من أبواب كتاب الاجارة ج١٤١/١٩ ـ ١٤٨.

(٤) الوسائل ب٢٩ من أبواب كتاب الإجارة ج١٤١/١٩ الى ١٤٨ .

القصار والصائغ احتياطا للناس، وكان ابي يتطول عليه إذا كان مأموناً[١].

اقول: المناسب بعنوان القصار والصائغ تعلق الضمان بافسادهما ولكن فرض كونهما مأمونين يناسب تعلق الضمان بالسرقة ونحوها من اسباب التلف وان التلف لم يكن بتعدٍ منه ولا بتفريط منه. ويمكن القول باطلاق الرواية للفرضين فرض التلف والافساد، وإذا قلنا ان امانة العامل لاجل عدم افراطه وتفريطه في عمله فتختص الرواية بفرض الافساد، فاذا حملنا تطوع الباقر عليه السلام على عمله دون فتواه لا يبقى الاشكال في الرواية وما ذكره المجلسي رحمه الله في دفع مخالفة الباقر عليه السلام مع أمير المؤمنين في التضمين غير واضح.

ومعنى الرواية على هذا الاحتمال المؤيد ببعض الروايات الأخرى (ئل ج١٩/١٤٧) ان القصار والصائغ إذا افسدا يضمنان مأمونين كانا او لا، لكن الباقر عليه السلام كان لا يأخذ قيمة ماله او مثله إذا افسده احدهما إذا كان مامونا وياخذ مثله او قيمته إذا افسده غير المأمون ولا يراه اهلا للتطوع والتفضل. واما إذا فرضنا شمول الرواية لفرض تلف العين بالسرقة ونحوها فالضمان مختلف فيه نصا وفتوىً. وآخر الكلام انه لا يسع أحداً ان يخالف امير المؤمنين في الاعتقاد والنظر والإفتاء.

٦ ـ صحيح أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن قصار دفعت اليه ثوبا فزعم انه سرق من بين متاعه؟ قال: فعليه ان يقيم البينة انه سرق من بين متاعه وليس عليه شيء، فان سرق متاعه كله فليس عليه شيء[٢] وفي الفقيه: وان سرق مع متاعه فليس عليه شيء بل في نسختي

---

(١) ولاحظ أيضاً ج١٩/١٤٥ فان له سنداً آخر مع تغيير في المتن.

(٢و٣) المصدر السابق.

من التهذيب ذكر لفظ (كله) بين القوسين فكانه نسخة.

اقول رواه في الكافي والفقيه والتهذيب وسند الاخيرين معتبر وسند الكافي مرسل، والحديث شرط في نفي الضمان ـ في مقام الاثبات ـ إقامة البينة على التلف أو كان السارق سرق متاع الأجير كله فكان المستأجر (بالفتح) في بينه.

وهل المقصود بالشرط الثاني ادعاءه او وجوده بحيث يتوقف عدم ضمانه على اثبات سرقة متاعه كله؟ فيه احتمالان. ولا يخلو اعتباره بكلا احتماليه عن غرابة. ولا يبعد ان دخله في نفي الضمان يوهن اشتراط إقامة البينة، وأنّه يشير إلى كفاية مطلق القرينة لنفي الضمان فلاحظ.

٧ ـ صحيحة اخرى لابي بصير عنه عليه السلام قال: لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين، فيخوف بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً[١].

وفي رجل استأجر حمالاً فيكسر الذي يحمل او يهرقه، فقال على نحو من العامل ان كان مأمونا فليس عليه شيء وان كان غير مأمون فهو ضامن[٢].

اقول: صدر الرواية مخصوص بفرض الاتهام فيصلح بحصره لتقييد سائر المطلقات الدالة على لزوم إقامة البينة لنفي الضمان، بكونهم متهمين. واما غير المتهم فاذا ادعى التلف من غير تعد وتفريط فيقبل قوله بيمينه. ولا بأس بالتزامه وان لم يقل به المشهور، لكن في الرواية بحثان اخران ربما يضران بهذا الالتزام.

---

(١) في الفقيه: فيجيئون بالبينة فيخوّف ويستحلف.

(٢) المصدر السابق.

اولهما شمول الرواية لفرض افساد العامل للتعييب والتلف معا ولا تخص الثاني ولا اظن باحد لا يقول بضمانه بالافساد لاجل كونه مأموناً الا ان تقيد اطلاق الرواية بحسنة الحلبى المتقدمة برقم ٢.

ثانيهما ذكر الاستحلاف في عرض البينة ولا سيما مع التعبير بـ : فيخوف إذ المستفاد بالتأمل عدم اعتبار بينة المهتم في نفى ضمانه، بل يكفيه الحلف ايضاً وان المتهم يخوف بالبينة لا انه يكلف باقامتها على نسخة التهذيب وكل ذلك احتياط ليستخرج منه بيان الحقيقة، كما هو سياسة القاضي.

وعلى كل توجه إقامة البينة والحلف كليهما إلى أحد المتنازعين غريب في باب القضاء والنزاع.

واما كسر الجمال واهراقه فان كانا بنحو الاتلاف فمقتضى القاعدة ضمانه، سواء كان بسهو منه او عمد، سواء كان الجمال امينا عادلا أو خائنا فاسقا. فان من اتلف مال الغير فهو له ضامن مطلقاً على ما مر، واما ان لم يكن بنحو الاتلاف بل بنحو التلف فهو داخل في محل البحث، ومفاد الرواية تكليفه بالبينة او الاستحلاف إذا كان متهما ولا كثير مخالفة لقول المشهور القائل بكفاية الحلف، فان البينة أحد الامرين المخير فيهما المكلف. فلا بأس بذهاب المشهور إلى عدم لزوم إقامة البينة على عدم تعدي هؤلاء في عدم ضمانهم واقتصارهم على لزوم اليمين بقانون البينة على المدعى واليمين على من انكر. والله العالم.

٨ ـ معتبرة معاوية بن عمار ـ على المشهور ـ قال: سألته عن الصباغ والقصار؟

فقال لا يضمنان[١].

يحتمل اطلاق الرواية من حيث التلف والافساد إلا ان يدعى انصرافها إلى الاول والله العالم.

وعلى كل، لا يصح ان يحمل الامر باقامة البينة في بعض الروايات المتقدمة على الندب لاجل هذه الرواية، فان مثل هذا الحمل غير محتمل او هو بعيد جداً نعم الرواية السابقة تقيد هذه الرواية بغير المتهم، والمتهم اما يقيم البينة أو يحلف.

٩ ـ معتبرة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع للقوم بالأجر وعليه ضمان ما لهم فقال إذا طابت نفسه بذلك، إنما اكره من أجل أني أخشى ان يغرموه اكثر مما يصيب عليهم، فاذا طابت نفسه فلا بأس[٢].

وفي موضع آخر من التهذيب هكذا: سألته عن الرجل يبيع للقوم بالأجر عليه ضمان ما لهم[٣].

قال إذا طابت نفسه بذلك، انما اخاف ان يغرموه اكثر مما يصيب..[٤].

اقول: تدل الرواية على صحة اشتراط ضمان الدلال والسمسار وهو المتوسط بين البائع والمشتري واعلم انه لا يرى العرف بين الإجارة وسائر

---

(١) المصدر السابق.

(٢) التهذيب ج٧/٢٦٣ برقم ٩٦٥ وفي الوسائل (ج١٩/١٤٦): انما كره ذلك.. وما في نسختي من التهذيب اظهر كما لا يخفى.

(٣) حمله المحشي على الاستفهام وجعل زيادة حرف الواو كما في الرواية الاولى صوابا.

(٤) التهذيب ج٧/١٨٥ برقم ٦٩٢.

العقود فرقاً في ذلك، وليس المعاملات كالعبادات في عدم العبرة بفهم العرف، فلا بعد في تسرية مشروعية الضمان في جميع العقود، وان عدم الضمان لعدم المقتضي لا لمقتضى العدم حتى لا يشرع اشتراط الضمان، وهذا هو الاظهر خلافاً لجمع من المعاصرين وغيرهم ووفاقا لصاحب العروة على ما يأتي. وتقييد شرط الضمان في الرواية بفرض التعدي والتقصير خلاف الظاهرة ولا يصار إليه.

٩ ـ في الصحيح: كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصره فضاع الثوب، هل يجب على القصار ان يرده إذا دفعه إلى غيره وان كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له الا ان يكون ثقة مأمونا ان شاء الله.

اقول: الضمير ان في الجواب راجعان ظاهراً إلى القصار الأول دون الثاني، وهل وجه الضمان هو مجرد ضياع الثوب وتلفه وان كان عند الاول، أو هو دفع الثوب إلى قصار آخر من دون اذن مالكه كما يفهم من السؤال؟ استثناء فرض الوثاقة والامانة في الضمان لا يناسب الثاني، إذ دفع المال إلى أجير آخر وإلى شخص آخر من دون اذن مالكه موجب للضمان الاستيلائي (ضمان اليد) مطلقاً كان الدافع عادلاً أو فاسقاً، الا ان يقال ان ذكر الثقة المأمون في كلامه عليه السلام لاجل ان مثله لا يدفع مال المالك إلى غيره من دون إذنه، فالوجه في الضمان دفع المال إلى احد من دون اذن مالكه، فلا تنافي بقية الروايات.

١١ ـ صحيح الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام سئل عن رجل جمال استكرى منه إبلاً (إبل ـ خ) وبعث معه بزيت إلى ارض فزعم ان بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه؟ فقال: ان شاء أخذ الزيت وقال انه انخرق.

ولكنه لا يصدق الا ببينة عادلة[١].

١٢ ـ وفي صحيح الحلبي عنه عليه السلام في جمال يحمل معه الزيت، فيقول: قد ذهبت أو اهرق او قطع عليه الطريق، فان جاء عليه ببينة عادلة انه قطع عليه او ذهب، فليس عليه شيء والا ضمن. وفي رجل حمل معه رجل (هكذا) في سفينته طعاماً فنقص، قال: هو ضامن.

قلت له: إنه ربما زاد، قال: تعلم انه زاد فيه شيئاً؟ قلت: لا. قال: هو لك[٢].

وعن المسالك كما في هامش الفقيه: القول بضمانهم مع عدم البينة هو المشهور، بل ادعى عليه الاجماع، والروايات مختلفة، والاقوى ان القول قولهم مطلقاً لانهم أمناء وللاخبار الدالة عليه، ويمكن الجمع بينها وبين ما دل على الضمان بحمل ما دل على الضمان على ما لو فرطوا أو أخروا المتاع عن الوقت المشترط كما دل عليه بعضها. انتهى.

وعن المجلسي: لعلّ الحكم بوجوب اقامة البينة عليه والضمان على تقدير عدم الاقامة في صورة التهمة اي ظن كذب الحمال او ظن تفريطه او عدم كونه عادلاً كما يشعر به بعض الاخبار الآتية لا مطلقاً وهذا اظهر طرق الجمع في هذه الاخبار وقال نحوه سلطان العلماء[٣].

١٣ ـ معتبرة جعفر بن عثمان قال حمل ابي متاعاً إلى الشام مع جمال، فذكر ان حملا منه ضاع، فذكرت ذلك لابي عبدالله عليه السلام فقال: أتتهمه؟ قلت لا، قال: فلا تضمنه[٤].

---

(١) المصدر السابق ب٣٠.
(٢) الفقيه ج٣/٢٥٤ طبعة جامعة المدرسين برقم ٣٩٢٣.
(٣) هامش الفقيه ٣ : ٢٥٤ طبعة جامعة المدرسين برقم ٣٩٢٣.
(٤) الوسائل ج١٩/١٥٠.

يمكن ان يقال بان الرواية مخصوصة بفرض حضور المالك مع الجمال والروايتان السابقتان ناظرتان إلىٰ فرض انفراد الجمال وصاحب السفينة بالمال فلاحظ.

١٤ ـ معتبرة أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهريقه، قال: إن كان مأمونا فليس عليه شيء وإن كان غير مأمون فهو ضامن.

اقول: يحمل الخبر على فرض التلف دون الاتلاف ويحمل غير المأمون على المتهم جمعاً.

١٥ ـ معتبرة داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حمل متاعاً على رأسه فاصاب انسانا فمات او انكسر منه شيء فهو ضامن[١].

الظاهر رجوع الضمير المجرور في (منه) إلىٰ الانسان دون المتاع وليست الرواية متعلقة بباب الاجارة إذ لا قرينة على كون الحامل كان اجيرا فهي تثبت ضمان الدية. ويأتي بقية الكلام فيها في المباحث الفقهية الآتية.

١٦ ـ معتبرة علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حمل عبده على دابة فاوطأت رجلا. قال: الغرم على مولاه[٢].

وعن المجلسي القول بضمان المولى للشيخ واتباعه، مستنداً إلىٰ هذه الرواية واشترط ابن ادريس صغر المملوك بخلاف العاقل البالغ، فان جنايته تتعلق برقبته (حاشية يب ج١٠/٢٦١).

١٧ ـ معتبرة محمد بن قيس ـ على المشهور ـ عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في حديث: ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة

---

(١) الوسائل ج١٩/١٥٢.

(٢) المصدر ص ١٠٣.

ما لم يكرهها أو يبغها غائلة[١].

١٨ ـ صحيح الحلبي بسند الصدوق كما جزم به صاحب الوسائل (١٥٦/١٥٥/١٩) وهو محتمل كما يحتمل كونه مرسلا عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فتضيع الدابة. قال ان كان جاز الشرط فهو ضامن وان دخل واديا فلم يوثقها فهو ضامن، وان سقطت في بئر فهو ضامن، لانه لم يستوثق منها[٢].

اقول: الاول بضمان الاستيلاء والثاني والثالث بضمان التفريط المنافي للأمانة.

١٩ ـ معتبرة غياث عن جعفر عن أبيه: ان علياً أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت، فلم يضمنه وقال: انما هو أمين[٣].

وما في خبر اسحاق بن عمار عن الصادق عن أبيه ان علياً كان يقول: لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب، لانه انما اخذ الجعل على الحمام ولم يأخذ على الثياب (ئل ج١٩/١٤٠) فيظهر منه ضمان الاجير على حفظه وان كان امينا.

لكن فيه اولا انه غير معتبر لما ثبت عندي» اخيرا من جهالة غياث بن كلوب بعد عدم وجود توثيقه في كلام الشيخ كالسكوني وعمل الاصحاب باخبارهما مختلف فيه. كما ذكرناه في الطبعة الرابعة من البحوث. وثانيا ينافيه صحيح الحلبي المتقدم في ضمان الوديعة الصريح في عدم ضمان الاجير.

ومثله معتبرة أبي بصير: في الرجل يستأجر الحمال فيكسر الذي

---

(١) المصدر ص ١٥٥ ب٣٢.

(٢) الفقيه ج٣/٢٥٥ برقم ٣٩٢٥ والوسائل ج١٩/١٥٥/١٥٦.

(٣) التهذيب ج٧/٢٦١ برقم ٩٥٤ والوسائل ج١٩/١٣٩ و١٤٠ ب٢٨.

يحمل عليه او يهريقه؟

قال: ان كان مأمونا فليس عليه شيء وان كان غير مأمون فهو ضامن[١].

٢٠ ـ صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفقت، ما عليه؟ قال: ان كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وان لم يسم فليس عليه شيء[٢].

يظهر منه ان الاصل جواز اعطاء العين المستأجرة للغير واستعماله اياها إلّا إذا منع المالك منه.

وعن الشهيد الثاني العمل به حيث يجوز التقبيل ونقل ميل العلامة اليه في مختلفه، ونقل عن ابن الجنيد جواز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مأمونا وقال: ولكن ينبغي تقييده بكون المدفوع اليه ثقة وإلّا فالمنع اوجه[٣].

واورد عليه في الجواهر[٤] بان جواز التقبيل أعم من ذلك ضرورة امكان عمل الغير فيه وهو في يده وليس له على المالك الاذن حتى يرفع امره إلى الحاكم (كما قاله الشهيد في مسالكه) كما انه ليس له الفسخ من هذه الجهة. وصحيح علي بن جعفر لا صراحة فيه، بل ولا ظهور في خروج العين عن يد المستأجر الاول، وانما السؤال عن تلفها حال ركوب الغير لها، وان كانت هي في يد الاول، ولا ريب في ان الحكم فيها ما ذكره عليه السلام. فلا ينبغي الخروج عن قواعد الشريعة بنحو ما ذكره، الذي عند

---

(١) الفقيه ج٣/٢٥٧ طبعة جامع المدرسين.
(٢) الوسائل ج١٩/١١٨ ب ١٦ من كتاب الاجارة.
(٣) لاحظ وجه القيد في الخبر المتقدم برقم ٩.
(٤) ج٢٧/٣٢٠.

التأمل من غرائب الكلام.

اقول: صاحب الجواهر متشدد على الشهيد الثاني في ردوده في جمله من الموارد او غالبها رحمهما الله تعالى معاً والصحيحة ظاهرة فيما ذكره الشهيد الثاني، على ان اعمية جواز التقبل من تسليم العين إلىٰ الغير انما هي في بعض الموارد دون جميعها، والعرف يرىٰ الملازمة بينهما ولا ملزم في الرجوع إلىٰ الاحتمالات النادرة الخارجة عن المتفاهم العرفي.

نعم يشكل الامر في البناء على جواز الاجارة للمستأجر بمجرد عدم المنع من قبل المالك ولا يبعدان يقال ان المفهوم من مجموع الاخبار عدم صحة اجارتها وسائر المعاملات عليها الا مع اذن المالك فلا حظ وتدبر فلو سلمها بعقد غير مأذون له ضمن.

مباحث فقهية

١ ـ قال في الشرائع والجواهر: (إذا تعدى فيالعين المستأجرة) وان كانت أمانة في يده (ضمن قيمتها وقت العدوان) وان تلفت بغيره، كما في كل امانة تعدّى فيها بلا خلاف ولا اشكال نصا وفتوى، بل الاجماع بقسميه عليه، لكن على معنى دخولها في ضمانه في ذلك الوقت إلىٰ حين التلف في يده، فيضمن قيمتها وقته على الاقوى. وقيل اعلى القيم وقيل غير ذلك، لان (لا أن ـ ظ) المراد ضمان قيمتها حينه وان تلفت بعد ذلك واختلفت قيمتها زيادة او نقصاً كما هو ظاهر المصنف والقواعد ومحكى التحرير والايضاح وجامع الشرائع.

ولعله كما في صحيح أبي ولاد (المتقدم برقم[1]).. لو عطب البغل أو نفق أو ليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة البغل يوم خالفته. لكن فيه بعد ذلك قلت: فان اصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ قال: عليك قيمة ما بين الصحيح والمعيب يوم ترده.

والتحقيق ما عرفته، بل لم اجد ذلك قولاً لا حد في غير المقام..

قال في كتاب إجارة العروة الوثقىٰ: المدار في الضمان على قيمة يوم الاداء في القيميات...

اما دليل قول المصنف فهو مذكور في المستمسك (ج١٢/٧٧) واما السيد الحكيم فقال في شرح قوله عليه السلام في صحيحة ابي ولاد: أرأيت لو نفق البغل او عطب أليس كان يلزمني قال قيمة بغل يوم خالفته. الذي استدل به من جعل المدار على قيمة يوم المخالفة بناءاً على ان قوله يوم

(١) الجواهر ج٢٧ : ٣١٦.

خالفته . اما مضاف اليه القيمة المضافة إلى البغل او قيد الاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل . وفيه إن الاول غير معهود في الاستعمال ولا يمكن ارتكابه . والثاني غير معقول ، لان الاختصاص ملحوظاً معنى حرفياً لا إسميا ولا يمكن التعلق به . بل الظاهر كونه قيداً لعامل الجملة الجوابية المقدر ، اعنى قوله : «يلزمك» وكما ان القيمة فاعلة ، كذلك الظرف قيده ، والتقدير بعد ملاحظة الشرط في السؤال يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل لو نفق او عطب البغل ، فيدل على ان الانتقال إلى القيمة يوم التلف .

ولاجل ان الوجه في ضمان القيمة تدارك الخسارة المالية في العين ، يتعين البناء على قيمة يوم التلف ، لان ثبوت القيمة المذكورة تدارك لمالية العين الفائتة حينئذ . ومن هنا حكى عن الاكثر ان الاعتبار بقيمة يوم التلف ويعضده بعض النصوص الآخر مثل ما ورد في المعتق حصته من عبد انه يقوم قيمة يوم اعتق او يوم حرره .

اقول : الرواية المشار اليهما في أخير كلامه معتبرة سندا (كما في الوسائل ج٢٣/٣٦ و٣٧) لكنها غير دليل على المقام والاحوط لزوماً هو المصالحة بين قيمة يوم العدوان ويوم التلف عند التفاوت .

هذا في فرض التلف واما في فرض النقص فيمكن متابعة صاحب العروة لصحيح أبي ولاد . وفيه : يوم ترده عليه .

٢ ـ عن القواعد : ولو استأجر الدابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع ، ولو سلم إلى المؤجر ، وقال انه قفيز وكذب فتلفت بالحمل ضمن النصف ويحتمل بالنسبة . ورده في الجواهر[1] بقوله : إلّا انه كما ترى

---

(١) المصدر ٣١٧ .

مناف لاطلاق الضمان في النص والفتوى فلا يقاس على ما ذكره في القصاص والديات من انه لو جرحه زيد وعضه الاسد مثلاً فسريا ضمن الجارح النصف، وكما لو جرحه واحد عمداً وآخر باستيفاء قصاص مثلا فسريا على ان يكون الجامع بينهما، إذ التلف في مسألة التحميل مثلاً قد استند ايضاً إلىٰ ما هو بحق، وهو القدر المشروط، وإلىٰ غيره، وهو الزائد.

الا انه اجتهاد في مقابلة النص والاجماع، بل والقواعد عند التأمل خصوصا بعد امكان دعوى عدم الاذن في القدر المشروط حال انضمامه إلىٰ ما صار به التلف من الزائد، وان كان فيه ما عرفته سابقا...

اقول: ولاحظ بقية كلامه وتأمل فيه والله العالم. وفي المستمسك (٨٤/١٢) ان الموجب للضمان، العدوان الحاصل بحمل ما لم يأذن به المالك.

٣ ـ قال المحقق: إذا أفسد الصانع ضمن ولو كان حاذقاً كالقصار يحرق الثوب او يخزن أو الحجام يجنى في حجامته أو الختان يختن فيسبق موساه إلىٰ الحشفة أو يتجاوز حد الختان وكذا (الكحال) البيطار، مثل ان يخيف على الحافر أو يفصد فيقتل او يجني ما يضر الدابة ولو احتاط واجتهد.

وعقبه في الجواهر قوله: من غير فرق عندنا في جميع هؤلاء بين المشترك والاجير الخاص منهم، وبين كون العمل في ملكه او ملك المستأجر وبين حضور رب المال أو غيبته، بلا خلاف اجده في شيء من ذاك بين المتقدمين والمتأخرين منا. ثم نقل عن جمع دعاوى الاجماعات في موارد من هؤلاء وأمثالهم كالملاحين والمكارين يضمنون ما تجنيه ايديهم على السلع كما عن ابن ادريس.

اقول: عرفت دلالة بعض الروايات المتقدمة عليه صريحاً. ولا فرق بين العارف والحاذق وغيره كما لا فرق بين فرض العمد والسهو والجهل وانما المدار على الاتلاف والافساد، واما التلف من دون افساد واتلاف فلا يوجب الضمان على وجه مرّ بحثه.

ولا فرق بين العناوين الماخوذة في الروايات والفتاوي وغيرها عند العرف وفي حسنة الحلبي: كل اجير يعطي الاجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن ويتعدىٰ إلىٰ غيره بقاعدة الاتلاف كما إذا اتلف المكارى بسوقه او قوده او بانقطاع حبله البالي مثلاً. ولذا قال في الشرائع والجواهر بعدم الضمان مع عدم التلف منهم الا ما يتلف بتعد او عن تفريط. بل لم يحضرني خلاف فيه...[1].

٤ ـ واما الحمّال ففي الجواهر: يضمن ما يسقط عن رأسه مثلا بعثرته ونحوها مما يستند به التلف اليه، للادلة التي سمعتها مضافاً إلىٰ الصحيح (المتقدم برقم ١٥) لكن الصحيح غير دال على المقام كما مر وخبر زيد غير معتبر واجماع جامع المقاصد غير حجة، وعن كاشف اللثام: ان الموافق للاصول عدم ضمانه الا مع التفريط او كونه عارية مضمونة. وقيل نحوه عن المسالك.

وأورد عليه في الجواهر: ان عدم ضمان الامين إلّا بذلك، فيما يتلف في يده لا بفعله. اما هو مما كان نحو الصانع من الاجير ونحوه فعلى قاعدة الضمان بالاتلاف ومندرج في الأصول السابقة وغيرها[2].

اقول وتحرير المقام او توضيحه: ضمان الحمال اما للاستيلاء اي اليد

---

(١) الجواهر ج٣٢٦/٢٧.
(٢) المصدر السابق ج٣٢٦/٢٧.

عند المشهور او للخيانة كما في الافراط والتفريط ، واما لقاعدة الاتـلاف ، واما التلف الناشيء عن عشرة غير اختيارية فلا موجب لضمانه كـما عـن كشف اللثام فهذا الفرض ونظائره داخل في التلف في يده لا بفعله كما اشار اليه في الجواهر ، ولكن الظاهر من مؤلفها ﷺ ان سقوط الحمل من رأسه متسند إلى فعله وهو الحمل والوضع على الرأس ، وهو بحسب فهم العرف ممنوع . ومنه يظهر حال ما في العروة وحواشيها .

لكن قال السيد الاستاذ في مستمسكه : دعوى انه مـن التـلف غـير ظاهرة لاستناده اليه وان كان عن غير قصد ، كما لو عثر فرجع على اناء غيره فكسره .. نعم إذا كانت سلسلة الاسباب بـعضها اخـتياري وبـعضها غـير اختياري نسب الفعل إلى الفاعل المختار ، كما لو عمد إلى نـائم فـنخسه ، فانقلب على إناء ثالث فكسره ، نسب الكسر إلى الناخس .

اما لو كانت كلها غير اختيارية نسب الفعل إلى المباشر كما لو انقلب النائم على نائم آخر فا نقلب الثاني على اناء فكسره ، نسب الفعل إلى الثاني ولو كانت كلها اختيارية كما لو ضرب زيد عمرواً فغضب عمرو وكسر إناء نسب الكسر إلى عمرو .

ومن ذلك نعرف أن الاختيار ليس شرطا في صحة النسبة الا إذا كان موجوداً في سلسلة العلل ، فـانه يسـتند الفـعل إلى السـبب الاخـتياري لا غير ...[1] .

اقول : أما ما ذكره الاستاذ ﷺ فهو في حد نفسه لا يخطر ببالى عليه إعتراض عاجلا ، واما الحمال فلا يكفي في ضمانه مجرد نسبة التلف إليه ، بل لا بد من صدق الاتلاف عليه وسقوط المحمول وان يستند عـقلاً إلى

---

(١) مستمسك العروة ج١٢/٨١ و٨٢ .

حمله ووضعه على رأسه وهو فعل اختياري له، فضلا عن كونه مطلق فعل له، لكن العرف لا يستند التلف إلى الحمل والوضع بل إلى الريح أو التصادم أو نحوه من العلل غير الراجعة إلى فعل كمال فلا يصدق الاتلاف عليه، نعم لو كان الحمل والوضع على الرأس مستلزماً للسقوط صحت نسبة الاتلاف اليه وضمن. وكذا لو نسب السقوط إلى سرعته في مشيه ونحو ذلك فما افاده من نسبة الفعل إلى الفاعل المختار في فرض السبب الاختياري وغير الاختياري (الفرض الاول) لابد أن يراد به ما مثله ونظائره لا مثل المقام.

٥ ـ المشهور كما عن المسالك انه إذا ادعى الصانع او الملّاح او المكارى هلاك المتاع من غير تعدّ ولا تفريط وانكر المالك، كلفوا البينة على ذلك ومع فقدها يلزمهم الضمان وعن المرتضى انه اجماعنا ومن متفرداتنا، إلّا ان معقده الصناع كالقصار والخياط وما اشبهها (اشبههم). ويقول في الجواهر: إلّا انا لم نجده الا ليونس على ما حكى عنه والمفيد والشيخ في موضعين من النهاية، مع انا لم نتحققه للأول منهم، بل لعلّ ظاهر المحكي عنه يقتضي ضمانهم ما جنته أيديهم، فليس حينئذ الا المفيد والمرتضى!

وقيل القول قولهم مع اليمين لانهم أمناء، وهو اشهر الروايتين عملا (ان لم يكن رواية ايضاً ثم نقل اسماء الكتب لموافقة لهذا القول حتى نقل عن الخلاف اجماع الفرقة واخبارهم عليه[١].

اقول المستفاد من مجموع الروايات المعتبرة المتقدمة ضمانهم عند عدم البينة وعدم الحلف وعدم إقامة قرينة كسرقة اموال المستأجر التي فيها

---

(١) الجواهر ج٢٧/٣٤٢.

العين المستأجرة المسروقة مثلاً كما في المعتبرة السادسة المتقدمة.

فلو رفع القائلون بالقول الثاني يدهم عن اقامة البينة بخصوصها وقال بها تخييراً بينهما وبين الحلف وسائر القرائن لزال الخلاف وحصل الوفاق. نعم مقتضى بعض الروايات المتقدمة عدم الاحتياج إلى الحلف كعدمه إلى البينة لكن ما ذكرنا هو مقتضى الجميع بينها لا في مطلق مدعي التلف بل في خصوص المتهم منه وهذا هو مختاري. ولا وحشة من الانفراد.

٦ - لو قال المالك للخياط مثلاً ان كان يكفيني قميصا فاقطعه فقطعه، فلم يكف، ضمن، ولو قال هل يكفى قميصاً؟ فقال: نعم فقال اقطعه فلم يكفه لم يضمن كما في القواعد وغيرها لعدم الاذن في الاول بخلافه في الثاني، وان كان صدوره منه اعتماداً على قول الخياط لكنه من الدواعي[١].

واورد صاحب الجواهر على الأول بامكان القول بان مدار الاذن على الاجتهاد في ذلك والفرض انه قد غلب على ظنه ذلك. فهو في الحقيقة مأذون والاصل براءة الذمة[٢].

لكن اطلاق الروايات الدالة على الضمان يشمله وصدق قاعدة الاتلاف عليه غير مشكل.

واورد على نفي الضمان في الثاني بثبوت الضمان من اصل قاعدة الغرور.

وقال السيد الخوئي ﷺ في تعليقته على العروة نعم إذا كان الخياط علما بالحال مع جهل المالك فالظاهر ثبوت الضمان.. لقاعدة الغرور وذكر السيد الامام الخميني ان الاذن في الفرضين مبني على الكفاية فلا يرفع

---

(١) في المستمسك: لكن تخلف الداعي لا يقدح في حصول الاذن كما في غيره.. ج١٢/٨٢.

(٢) ج٢٧/٣٢٧.

الضمان وهو مختار صاحب العروة على تردد في الوجه الاول وله احتمال آخر ايضاً.

ونحن تكلمنا حول القاعدة في كتابنا المطبوع الارض في الفقه.

٧ ـ لو اتلف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك في تضمينه اياه غير معمول ولا أجر عليه، وفي تضمينه اياه معمولا ويدفع اليه أجره، معاملة للعمل معاملة المبيع قبل قبضه إذا اتلفه البائع[١]، فلا يتوجه دعوى الانفساخ قهراً وتضمينه الثوب غير معمول، لانه انما يتم بآفة سماوية لا في الاتلاف.

كل ذلك بناء على اعتبار تسلّم العمل بتسلّم العين في المعاوضة، أما على القول بالاكتفاء بايجابه في عين المالك وان لم يتسلمه المالك، اتجه حينئذ ضمانه معمولاً في الفرض ضرورة كونه من صفات مال المالك، كما انه يتجه حينئذ المطالبة بالأجرة مع فرض التلف بآفة سماوية هكذا في الجواهر[٢] وفي العروة الوثقى: إذا تلف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً واستحق الاجرة المسماة، وكذا لو حمل متاعا إلى مكان معين ثم تلف مضمونا او اتلفه فانه يضمن قيمته في ذلك المكان، لا ان يكون المالك مخيرا، ووافقه عليه جمع من المحشين. ولعله الارجح، فان التخيير غير واضح الوجه.

٨ ـ قال العلامة في محكى قواعده: لو وجب ضمان المتاع المحمول تخيّر صاحبه بين تضمينه اياه بقيمته في الموضع الذي سلمه ولا أجر له، وتضمينه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان كذلك.

---

(١) قيل إن الضمان يجعل التلف من قبيل تلف الوصف، وهو خصوصية الصفة لا تلف العين التي هي قيام المعاوضة الموجب للبطلان إذا كان قبل القبض.

(٢) ج٢٧/٣٢٧.

وأورد عليه بان مقتضى القواعد استحقاق الاجير أجرته إلىٰ ذلك الموضع وضمانه القيمة حال التلف لا التخيير المزبور وليس هو كالمسألة السابقة الذي يكون العمل فيها في عين المالك الممكن دعوى اعتبار تسليمه بتسليمها، إذ ليس العمل هنا إلا الحمل والنقل، وأما وجوب تسليم العين فهو من حيث كونها أمانة في يده كما هو واضح بأدنى تأمل[1].

٩ ـ صاحب الحمام لا يضمن الا ما اودع وفرّط في حفظه او تعدى بلا خلاف في شيء من ذلك ولا إشكال كما في الجواهر، بل وإن كان اجيرا أخذ الاجرة على حفظه كما هو قضية ترك الاستفصال في صحيح غياث المتقدم برقم ١٩ واطلاق الخبر المذكور برقم ٤، نعم لا يستحق الاجرة بعد عدم حصول العمل المستأجر عليه.

قال الفقيه اليزدي في اول الفصل الرابع من إجارة العروة الوثقىٰ: العين المستأجرة أمانة فلا يضمن تلفها أو تعيبها الا بالتعدي أو التفريط، ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونها (نه ـ ظ) فالمشهور عدم الصحة، لكن الاقوى صحته، واولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف او التعيب، لا بعنوان الضمان، والظاهر عدم الفرق في عدم الضمان بين ان يكون التلف في اثناء المدة أو بعدها إذا لم يحصل منه منع المؤجر عن عين ماله إذا طلبها، بل خلى بينه وبينها ولم يتصرف بعد ذلك فيها، ثم هذا إذا كانت الاجارة صحيحة، واما إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان اقواهما العدم خصوصا إذا كان المؤجر عالما بالبطلان حين الاقباض دون المستأجر.

اقول في هذه المسألة مطالب:

١ ـ اتضح مما مر عدم ضمان المستأجر من دون التعدي والتفريط

---

(١) ج٢٧/٣٣١.

ويقبل قوله بيمينه إذا انكرهما.

٢ ـ واستدل للبطلان بان الشرط مخالف للشرع فان المستأجر أمين لا يضمن. فالشرط لا يصلح لثبوت ضمانه. وجوابه ان عدم ضمان الامين لعدم المتقضى. والشرط المخالف للكتاب الذي هو باطل يختص بالشرط المخالف للحكم الاقتضائي والا لبطل مطلق الشرط.

لا يقال: عموم (على اليد ما اخذت...) شامل ليد الامين فيكون ظاهراً في وجود مقتضي الضمان في يده، فعدم ضمانه لا بد ان يكون لمقتضى العدم.

فانه يقال ان الخبر عامى مرسل لا نقول باعتباره على ما مر في المباحث السابقة والمسلم ضمان الاستيلاء غير الاماني ولو شك في مخالفة الشرط للكتاب نرجع إلىٰ استصحاب عدمها استصحابا ازليا وهو معتبر عندنا في الموضوعات.

واستدل ثانيا على البطلان بانه من باب شرط النتيجة، فان النتائج لا تقبل ان تكون مضافته إلى مالك فلا تكون شرطا فان التحقيق ان الشرط مملوك للمشروط له فاذاً امتنع ان يكون مملوكا.

نعم إذا كان في العهدة جاز ان يكون مملوكا، لكنه حينئذ من قبل شرط الفعل دون النتيجة، فاذا قال بعتك داري ولك علي أن املكك فرسى كان من شرط الفعل ولا اشكال في جوازه.

وإذا قال: ولك على ملكية فرسي وقصد المعنى الاول كان ايضاً من شرط لفعل وكان صحيحاً.

وإذا قصد ان له ملكية الفرس من دون ان تكون في عهدة المشروط عليه، كان من شرط النتيجة وكان مورداً للاشكال المذكور من ان النتائج إذا لم تكن في العهدة لا تصلح لأن تكون طرفا لاضافة الملكية، وكذلك سائر

الاعيان التي لا وجود لها في الخارج، إذا لم تكن في العهدة لا تكون مملوكة ايضاً.

هذا مضافاً إلى ان مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك بين المشروط له والشرط لا جعل شرط المملوك، فان الصيغة لاتتكفله، ولا يترتب عليه اثر وهذا معنى بطلانه.

نعم إذا كان مفادها مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط فمرجعه إلى انشاء شرط النتيجة في ضمن العقد، ولا بأس به عملا بعموم نفوذ الشرط.. كما في مستمسك السيد الاستاذ ﵀[1].

اقول: وقد اورد بعض المؤلفين عليه بوجوه وحكم بصحة شرط النتيجة وتفصيل البحث لا يناسب المقام[2].

الظاهر ان هذا المؤلف ﵀ كان يأخذ بانظار أبيه سيدنا الاستاذ الخوئي ﵀ والحال انه في تعليقته على العروة حكم بصحة قول المشهور وبطلان الشرط، فقال: وهو الصحيح، نعم لا بأس باشتراط التدارك من ماله كما انه لا بأس باشتراط اداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف او التعيب.

وهذا قول جمع من المعلقين لكن قال بعضهم: لم يتضح لي الفرق بين الصورتين موضوعاً وحكما الا في مجرد العبارة، فان اداء مقدار التلف من ماله عبارة اخرى عن درك خسارته، وليس هو مجرد شرط الفعل، بل هو حق مالي لو امتنع عن ادائه يؤخذ منه، ولو مات يتعلق بتركته، وهذا المعنى مساوق للضمان، اللهم الا ان يشترط اداء مقدار معين على تقدير التلف لا بقدر التلف وبحساب قيمة التالف لكن الظاهر خلافه.

---

(١) ج١٢/٧١ و٧٢.

(٢) لاحظ الشروط للسيد تقي الخوئي ج١/١٨٣ وما بعدها.

اقول سبق تصريح السيد السيستاني في اوائل هذا الكتاب بان الثاني ليس حكماً وضعياً متعلقاً بذمته ولا يتعلق بتركته عند موته فلاحظ وتأمل.

وعلى كل يكفي لصحة ما في المتن اطلاق قوله تعالى اوفوا بالعقود، سواء صح قول المشهور أم لم يصح.

٣ ـ واما عدم الضمان في فرض التلف في اثناء المدة أو بعدها فهو مبني على عدم وجوب رد العين المستأجرة بعد انتهاء المدة إلى مالكها وانما اللازم التخلية بينها وبين مالكها إذا اراد. وانما التسلم وظيفة المالك وليس على المستأجر التسليم وحمل العين إلى مالكه، لكن صريح بعض المعلقين وجوب رد العين بعد انقضاء المدة وهو الظاهر من الامام الخميني حيث قال في تعليقته: إلى مدة يتعارف الرد فيها إلى صاحبها، فان أخّر عنها فالظاهر الضمان، الا ان يكون تعارف في البقاء عنده حتى يرجع اليها صاحبها.

اقول: فالحق ان يعلق الضمان وعدمه على متعارف العرف وعدمه فعلى الاول دليله الامانة المالكية وعلى الثاني الاستيلاء غير المأذون (قاعدة اليد عند المشهور) والله العالم ومع الشك يرجع إلى استصحاب عدم الضمان ولا يعارضه عموم الضمان بعد المدة كما ذكره، السيد الحكيم ونسب عدم الضمان إلى المشهور.

٤ ـ واما في الاجارة الباطلة فوجه الضمان انه مقتضى ضمان الاستيلاء (قاعدة) اليد) بعد بطلان الاجارة ووجه عدم الضمان قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ومجرد بطلانها شرعاً لا يضر بامانة المستأجر مع علم الموجر به ونسب السيد الحكيم عدم الضمان إلى المشهور وهو الاظهر.

لا يقال ان الائتمان مبني على الإجارة ومع بطلانها ينتفى، فانه يقال

ان ظاهر النصوص المتقدمة في عدم الضمان مع الاستيمان يشمل صورة التلف المؤدي إلىٰ فساد العقد من اول الامر ، فتدل على عدم الضمان مع الاستيمان في العقد الفاسد ايضاً فافهم ذلك جيدا .

تتمة :

ثم ان صحة شرط الضمان التي اختارها الماتن نقلت عن السيد المرتضى والادردبيلي والسبزواري وصاحب الرياض واستظهر من الأول الاجماع لكن لا عبرة بمثل هذه الاجماعات قطعاً .

ويدل على صحة اشتراط الضمان ما تقدم برقم ٩ وغيره بل ما تقدم في العارية وغيرها فلاحظ .

١١ ـ إذا اكترىٰ دابة فسار عليها زيادة عن المشترط ، ضمن ، والظاهر ثبوت الاجرة المسماة بالنسبة الى المقدار المشترط ، وأجرة المثل بالنسبة إلىٰ الزائد . كما في العروة وفيه اقوال مذكورة في المستمسك وحواشي العروة وما ذكره الماتن هو المطابق للقاعدة ، لكن الظاهر من صحيحة أبي ولاد ثبوت اجرة المثل بالنسبة إلىٰ الجميع وبطلان الاجارة كما اشرنا في الحاشية عند نقلها فلاحظ .

١٢ ـ إذا حمل الدابة المستأجرة أزيد من المشترط أو المقدار المتعارف مع الاطلاق ضمن تلفها أو عوارها . والظاهر ثبوت اجرة المثل لا المسمى مع عدم التلف ، لان العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل ، نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد ، ثبت المسماة وأجرة المثل بالنسبة إلىٰ الزيادة .

اقول : الظاهر ان المسألة كسابقتها عند التأمل كما لا يخفى الا في ان التخلف على الاول متأخر زمانا وعلى الثاني مقارن مع التصرف الجائز وهذا

غير مؤثر في الحكم.

١٣ ـ لا وجه للضمان عند منع المالك عن تصرف متعارف لم يشترط منعه في العقد كضرب الدابة بمقدار متعارف ولاحق للمالك في منعه خلافاً لصاحب العروة‏ ومن تبعه.

الضمان في الهبة

اما الهبة المعوضة، فان كان العوض بازاء الموهوب ففي الصحيح والفاسد في كليهما، بالضمان لأن المالك لم يقدم على الاعطاء مجانا فلا مخصص لعموم على اليد.

وان كان العوض بازاء هبة الأخر الشيء الفلاني بمعنى انه هبة بازاء هبة، لا الموهوب بازاء الموهوب فلا ضمان لا في الصحيح ولا في الفاسد لانه لم يقصد باعطائه المال الموهوب والتعويض فهو في الحقيقة يرجع الى انه اعطاء مجاناً وبلا عوض غاية الامر اشترط عليه ان يهبه الشيء الفلاني، فان لم يفعل يكون للواهب خيار تخلف الشرط[1].

الضمان في السبق

٣ ـ في صحيح عقد السبق والنهاية ضمان فليكن في فاسدها أيضاً ضمان لا يقال ليس هنا استيلاء موجب للضمان. فانه يقال: الضمان مستند الى قاعدة احترام عمل المسلم، حيث ان هذا العمل صدر منه بسبب التزام الطرف باعطاء السبق لو كان سابقاً فعمله محرم نعم فساد العقد ينفي استحقاق المسمى لكن يستحق اجرة المثل لعمله.

---

(١) لاحظ القواعد الفقهية ج٢/١٠١.

فائدة مهمّة

قال الفقيه المتتبع اليزدي (قدس سره) في اول مسائل المضاربة :

إذا كان عنده مال المضاربة فمات ، فان علم بعينه فلا إشكال[1] وإلّا فان علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك ، ويكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة[2] ويقدم على الغرماء إن كان الميت مديوناً ، لوجود عين ماله في التركة[3] وان علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده ، ولم يعلم انه تلف بتفريط او بغيره أورده على المالك ، فالظاهر عدم ضمانه[4] وكون جميع تركته للورثة ، وان كان لا يخلو عن اشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية[5] .

واما إذا علم ببقائه في يده إلىٰ ما بعد الموت ولم يعلم انه موجود في تركته الموجودة اولا ـ بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك ـ أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده ـ بحيث لو كان حيا امكنه الايصال إلىٰ المالك ـ أو شك في بقائه في يده وعدمه ايضاً ، ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف مراتبه ، وكلمات العلماء في المقام وامثاله كالرهن والوديعة ونحوهما ـ مختلفة[6] والأقوى الضمان في الصورتين الاوليتين لعموم قوله (صلى الله عليه وآله) : على اليد ما أخذت حتى تؤدى[7] حيث ان الاظهر شموله للامانات أيضاً . ودعوى خروجها لان المفروض عدم الضمان فيها . مدفوعة : بان غاية ما يكون خروج بعض الصور

منها كما إذا تلفت بلا تفريط او إدعى تلفها كذلك[٨] إذا حلف . واما صورة التفريط والاتلاف ودعوى الرد في غير الوديعة[٩] ودعوى التلف والنكول عن الحلف[١٠] فهي باقية تحت العموم[١١] .

ودعوى : ان الضمان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها امانة[١٢] او من جهة الدليل الخارجي كما ترىٰ لا داعي إليها .

ويمكن ان يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الامانة[١٣] بدعوى ان الرد اعم من رد العين ورد البدل[١٤] واختصاصه بالاول ممنوع ، الاترى انه يفهم من قوله عليه‌السلام : المغصوب مردود[١٥] وجوب عوضه عند تلفه[١٦] هذا مضافاً إلىٰ خبر السكوني عن علي عليه‌السلام انه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة ، قال : ان سمّاه بعينه قبل موته ، فقال : هذا لفلان فهو له ، وان مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء[١٧] .

واما الصورة الثالثة فالضمان فيها ايضا لا يخلو عن قوة ، لأن الأصل بقاء يده عليه إلىٰ ما بعده الموت[١٨] واشتغال ذمته بالرد عند المطالبة[١٩] وإذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته .

ودعوى أن الاصل المذكور معارض باصالة برأة ذمته من العوض ، والمرجع بعد التعارض قاعدة اليد المقتضية لملكيته ، مدفوعة بان الاصل الاول حاكم على الثاني[٢٠] هذا مع انه يمكن الخدشة في قاعدة اليد : بانها مقتضية للملكية إذا كانت مختصة[٢١] وفي المقام كانت مشتركة والاصل بقاؤها على الاشتراك[٢٢] . بل في بعض الصور يمكن ان يقال أن يده يد المالك من حيث كونه عاملا

له[٢٣] . كما إذا لم يكن له شيء اصلاً ، فأخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال ا لمضاربة ، فاذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك ، وان احتمل ان يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال[٢٤] وانه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده ، وفي بعض الصوريده مشتركة بينه وبين المالك ، كما إذا سافر وعنده من مال المضاربة مقدار ومن ماله ايضاً مقدار نعم في بعض الصور لا يعد يده مشتركة ايضا فالتمسك باليد بقول مطلق مشكل[٢٥] .

ثم ان جميع ما ذكر انما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطا والا فلا اشكال في ضمانه[٢٦] . إنتهى .

في ما افاده رحمه الله مطالب تحتاج إلى بحث او توضيح :

(١) فان المالك احق بماله من غيره سواء كان وارثا او غريما او شريكاً ، وفي الجواهر (٤٠٥/٢٦) إذا مات وفي يده اموال مضاربة لمتعددين (فان علم مال أحدهم بعينه كان احق به) : بلا خلاف ولا إشكال .

اقول : وان شك في نقله منه بناقل شرعي ، فاستصحاب بقائه على ملكه كاف .

(٢) في الجواهر بعد كلامه السابق : (وان جهل) مال كل واحد منهم بخصوصه (كانوا فيه سواء) بمعنى انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم ، كما في إقتسام غيرهم من الشركاء وعن الحدائق نسبته إلى الاصحاب[١] .

في الجواهر بعد كلامه السابق : هذا ان كانت مجتمعة على حدة ، اما إذا كانت في ماله ففي المسالك ان الغرماء بالنسبة إلى جميع التركة

(١) مستمسك العروة ج١٢/٤١٨ .

كالشريك ان وسعت اموالهم أخذوها وإلّا تحاصوا، ولاحظ البحث حول التحاص فيها (٤٠٦/٢٦).

وفي المستمسك: ويظهر من الجميع ان الاشتباه في المقام يقتضي الاشتراك حتى مع عدم الامتزاج، وهو غير ظاهر بل يشكل حتى مع العلم بالامتزاج في المثليات مثل وضع ثوب في اثواب، فانه لا يوجب الاشتراك إذا عرف بعينه، وكذا إذا اشتبه بغيره، فانه لا دليل على هذا الاشتراك[١].

اقول: والخلاصة أن اشتباه مال بمال، ليس من اسباب ا لشركة الواقعية القهرية والاختيارية ولا من سائر اقسامها، وربما يظهر المنافاة بين هذا الكلام وكلام الماتن في أول كتاب الشركة: واما الاختلاط مع التمييز فلا يوجب الشركة ولو ظاهراً، اذ مع الاشتباه، مرجعه الى الصلح القهري أو القرعة.

أقول: والظاهر ان مراد صاحب العروة غير هذا الفرض لبعد الغفلة عن مثله من مثله ولا يبعد ان يقال ان المعيار في الشركة الواقعية في مثل الامتزاج هو رفع الامتياز واقعا بحسب نظر العرف المسامحي فمزج الحبوب الصغيرة والجامدات الناعمة كدقيق الحبوب في الجملة من الشركة الواقعية القهرية او الاختيارية دون الظاهرية. ومنها مزج الجوز والدرهم والدينار بمثله وان كان صدق المزج على مثلها غير واضح لكنه يكتفي عند العرف للشركة، بل قيل لا معنى للشركه الظاهرية مع عدم الشركة الواقعية. فتأمّل.

واما الاستدلال عليه بخبر السكوني فهو ضعيف، لضعف الخبر سندا بالنوفلي على الاقوى بل وبالسكوني على الارجح، ودلالة بما ذكره السيد

---

(١) نفس المصدر.

الاستاذ[١].

وجماعة من المعلقين على العروة ايضاً انكروا الشركة وان اختلفوا في قيود الشركة ظاهراً. فحكم المقام ـ وهو اشتباه المالين ـ اما الصلح او التقسيم بحسب نسبة المالين او القرعة[٢] فلاحظ.

(٣) لأحقية المالك بعين ماله.

(٤) لاصالة البراءة عن الضمان، وهل للمالك إحلاف ورثة العامل بعدم علمهم باتلاف موروثهم أو تعديه او تقصيره؟ فيه وجهان الارجح الأوّل.

وفي الجواهر (٤٠٧) عند قول الماتن: (وان جهل كونه) اي ما في يد الميت (مضاربة): لاحتمال: التلف او غيره (قضى به ميراثا) عند المصنف وثاني الشهيدين وسيد الرياض قضاء لحكم اليد، بل لا ضمان عليه للمضاربة لاصالة البراءة. وكونه امانة لا يضمنها الا مع التعدي او التفريط ولم يثبت. واصالة بقاء المال لا يقتضي ثبوته في ذمته مع كونه امانة، بل ولا في تركته. وعدم الوصية اعم من اقتضاء الضمان، اذ لعله تلف من غير تفريط.

(٥) لعموم قوله ﷺ على اليد ما أخذت حتى تؤدي للمقام، والعامل لموته لا ينكر الافراط والتقصير في التلف، فلا مخرج له عن العموم[٣].

لكن يرد عليه اولا ان الخبر عامي مرسل ولا نقول بالانجبار، فهو غير

---

(١) مستمسك العروة ج١٢/٤١٨.
(٢) وقد ذكر اقسام الشركة مفصلة في العروة بعد كتاب المضاربة فلاحظ.
(٣) لم يشر أحد إلى اصالة الصحة في فعل العامل في زمان حياته.

حجة ، وعليه فلا عموم يدل على ضمان العامل في المقام فان المتيقن من ضمان الاستيلاء (ضمان اليد عند المشهور) هو ضمان اليد الخائنة او اليد الغير المأذونة من المالك ، كما هو المستفاد من بعض الروايات المتقدمة لا مطلق اليد حتى يحتاج المقام إلىٰ المخرج منه . وثانيا انه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية . لكن الماتن قائل به كما صرح به في باب الربا من العروة الوثقى (ج٣/٢) .

وثالثا ان الخبر مع فرض اعتباره سندا ، لا عموم له والا لزم تخصيص الاكثر لخروج المرتهن والمستعير والمستودع والأجير على عمل في العين والمستأجر للعين لاستيفاء منافعها والملتقط والوصى والولي والشريك وعامل المضاربة والمزارعة والجعالة والمساقاة إلىٰ غير ذلك ، قيد غير الامين مختصة بالغاصب ، فان يد القابض بالسوم ايضاً عندنا غير ضامنة ، وتخصيص الاكثر مستهجن ولاجل هذا التخصيص الاكثر[1] قال سيدنا الحكيم بلزوم ارادة اليد المبنية على الرد من اليد ولا يشمل اليد المبنية على الابقاء وترك الاداء فلا يشمل يد العامل الامين في المقام ، فيرجع إلىٰ اصالة البراءة من الضمان[2] .

ورابعاً : ان دلالة الخبر على الضمان غير واضحة وقد ذكرناه في ما سبق على ما أُظن . فان مفروضه بقاء العين ولزوم ردها فقط .

ولو اغمض عن هذه الايرادات فلا بد من القول بالضمان ولا معنى للتوقف والاشكال كما عن الماتن كما قال بالضمان في الصور الآتية .

---

(١) لا فرق عندي بين تخصيص الاكثر والتخصيص الاكثر في القبح خلافاً لبعض العظماء من الاصوليين .

(٢) المستمسك ج١٢/٤٢١ و٤٢٢ .

(٦) المشهور كما عن المسالك الضمان واخراج حق المالك من اصل التركة لما ذكره الماتن من خبر على اليد .

(٧) عرفت ضعف الخبر سندا ودلالة انفا ، فلا عموم يثبت الضمان .

(٨) عرفت اعتراض السيد الحكيم بانه من تخصيص الاكثر .

(٩) واما دعوى الرد في الوديعة فهى تكفى لنفى الضمان وهي مسموعة ولا يحتاج إلى اقامة البينة كما في سائر العقود ودليله الاجماع في خصوص الوديعة ، لكن الاعتماد على مثله مشكل والله العالم . والاحوط التصالح الا ان يتمسك بقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل فان الرد عن الودعي محسن . لكن مر الاشكال في دلالة الآية على نفي الضمان . نعم في الروايات كفاية .

(١٠) في المستمسك : ثبوت الضمان في هذه الصورة لاجل تحقق الخيانة ولكنه غير ظاهر لجواز ان يكون التورع عن اليمين ، كما يجوز ان يكون اشتباها منه في دعوى التلف فلم تحرز الخيانة .

(١١) ظهر مما قلناه آنفا ان بقاءها تحت العموم يتوقف على تحقق الخيانة وهو غير ثابت ، فالضمان يكون بحكم الحاكم في مقام حسم النزاع ، فلا يكون حكما واقعياً . بل هو ظاهري وليس مما نحن فيه . على انك عرفت انه لا عموم يبقى تحته هذه الافراد ، ولكل منها وجه خاص اللضمان .

(١٢) وفيه اولاً انه لا حاجة بعد ضعف الخبر إلى ذكر هذه الدعوى ونفيها وثانيا انها مقبولة فان المالك ، ائتمن على عين ماله العامل الأمين ففوض اليه ولاية الحفظ فاذا صار بصدد اتلافه فقد خانه فلا يبقى معه الإذن في البقاء وقد تقدم ان موضوع الضمان هو اليد غير المأذونة في البقاء

اما بعموم الخبر وإما ببناء العقلاء المعتضد بروايات متعددة متقدمة لا سيما في بابي الوديعة والمضاربة، وقد عبرنا عنه فيما سبق بضمان الاستيلاء مكان ضمان اليد بعد عدم اعتبار الخبر المذكور. وعلى فرض اعتباره فالخارج من عمومه الامين غير الخائن واما الخائن فهو داخل تحت العموم لكن لا لاجل ما زعمه الماتن من عموم اليد للامانات، بل لان الامانات الخارجة موضوعاً عن عموم على اليد مختصة بغير الخيانة كما ذكره السيد الاستاذ الحكيم ايضاً.

١٣ ـ وجوب رد الامانات حكم تكليفي لا يستتبع ضمانا في الذمة، حتى يتعين ذلك الحق بالتركة. كما ذكره غير واحد معترضين على الماتن. وهو مختص بصورة مطالبة المالك ولم تتحقق في حق العامل ايام حياته، والورثة لم يتعلق بهم الحكم لانهم غير مؤتمنين للمالك كما قيل.

١٤ ـ غير واضح استفادة ذلك من قوله تعالى: ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات إلى أهلها مثلاً.

١٥ ـ الخبر مرسل ومجهول اخرجه الكافي ونقله في الوسائل في كتاب الانفال وكتاب الغصب ولفظ الحديث: لان الغصب كله مردود، ونقله في الجواهر مكرراً باشتباه في بعض الفاظه.

١٦ ـ وفيه ان لهم البدل من جهة ما دل على ضمان المغصوب لا من جهة وجوب رده.

١٧ ـ لكن الخبر لا يتمسك به لضعفه كما مر.

فرع: إذا علم ببقا العين في يد الميت وعلم ايضا بعدم ردها إلى مالكها وبعدم تلفها واتلافها قبل موته، فهل يحكم بضمان العامل الامين؟ يمكن ان يقال به، لانه قصر في بيان محلها وانها عند فلان. واما إحتمال

استناد سكوته إلى النسيان فيمكن ان يدفع باصالة عدمه كما هي المعتمدة في جميع معاملاته وافعاله عند العقلاء.

ويمكن ان يقال بعدم الضمان إذا احتمل في حقه عدم القدرة على الاشهاد او الوصية كما إذا مات او قتل فجأة ودفعة. فان الضمان مترتب على الخيانة ولم تثبت.

فوجود العين لا يوجب ضمان العامل حين موته حتى يجب على الورثة دفعها من جهة وجوب اداء ديونه.

فلا يبقى وجه للضمان ولزوم أداء المال من التركة سوى دعوى فهم ذلك من مذاق المتشرعة الحاكي عن مذاق الشارع، أو يقال ان المراد من ذكر الدين والوصية (من بعد وصية توصي بها او دين) رد مطلق مال الغير وان لم يكن بدين. فلاحظ وتأمل.

١٨ ـ يظهر ضعف استدلاله مما مر بطريق اولى، فاذا لم يثبت ضمانه من الادلة ففي العلم ببقاء المال في يده، لا يثبت ذلك في فرض الشك فيه لا محالة. على ان عموم الخبر ان سلّم فلا حاجة معه إلى اصالة بقاء المال في يده.

١٩ ـ الظاهر انه يشير إلى عموم ما دل على وجوب رد الامانة. وقد عرفت اشكاله. ولاحظ بقية ما في المقام في المستمسك (٤٢٥).

٢٠ ـ فان الاول موضوعي والثاني حكمي وتعليقي ايضا اى معلّق على وجوب المطالبة وجريانه مختلف فيه عند اهل النظر، واما إذا اريد بالثاني اصالة البرائة دون استصحاب عدم الضمان فالامر اوضح، لانه لا مجرى لها مع الاستصحاب. لكن تقدم ان الاصل الاول لا اثر له فلا يجري لان الضمان لا يترتب على العلم ببقاء الماء عنده فضلاً عن الشك فيه.

(٢١) ـ لعله اراد الاختصاص غالباً أو دائما فلا ايراد عليه ظاهراً.

(٢٢) و(٢٣) كل ذلك بنظري خارج عن محل البحث، فان العين غير مخلوطة مع تركته على الفرض لو بالشك في الاختلاط لاستصحاب عدمه.

٢٤ ـ في المستمسك (٤٢٧) لكن ذلك خلاف عموم دليل حجة اليد وخلاف المرتكزات العقلائية. وأظهر منه ما لو علم بتبدل العين التي كانت للمالك بعين اخرىٰ كما إذا كانت بيده دراهم فمات فوجد دنانير، فانه لا مجال للحكم بانها ملك المالك. نعم مع وحدة عين المال يحكم بكونه للمالك، لاستصحاب كون اليد امينة وكون العين لمالكها وكذا في العين المغصوبة، فالغاصب إذا مات وبيده العين التي قد غصبها إذا احتمل انه قد ملكها بعد الغصب لا يحكم بملكيتها له، بل يحكم بملكيتها لمالكها لعدم الدليل على حجية اليد على الملكية في المقام فيتعين الرجوع إلىٰ الأصول..

اقول: ما ذكره في الصورتين الاوليين محل بحث واما في فرض العلم بالتبدل فما ذكره لا باس به وكذا لا بأس بجريان الاستصحاب في الموردين.

(٢٥) وإذا شك الطلاب في ان ما اعطاهم المراجع من الرواتب من مالهم الشخصي لا من سهم الامام عليه‌السلام يشكل البناء على الاول لقاعدة اليد وكذا في اموال السراق والمرتشين الذين غالب اموالهم من الخيانة والحرام.

(٢٦) للخيانة. والله اعلم.

واعلم ان هذه المسألة غير مختصة بباب المضاربة، بل هي ضابطة كلية في جملة من العقود والموارد ولذا ذكرناها بطولها.

واما ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد واقسامها، فهو مذكور في

كتابنا (الارض في الفقه) ص٢٩٠ إلى ص٢٩٣.

تنبيه :

ببالي انى ذكرت في هذا الكتاب او كتاب آخر ان منافع الحر في الجملة ممضمونة، واليك كلام للسيد الاستاذ الحكيم ذكره في شرح متن العروة: (ولا تعد منافعه ـ اي الحر ـ من امواله خصوصاً إذا لم يكن كسوياً).

لان منافع الحر وان كانت اموالا، ويصح بذل المال بإزائها لكنها ليست مملوكة له، لان الملكية تتوقف على الاثنينية، ولا اثنينية بينه وبين نفسه، فاذا لم يملك نفسه لم يملك منافعه، لانها تابعة للعين، إذ لا وجود لها خارجي، وإنما منشأ اعتبارها العين، فاذا لم تكن مملوكة لنفسه لم تكن المنافع مملوكة، ولذا لا تكون من امواله. (مستمسك العروة ج١٢/١٢ ـ ١١).

اقول: يشكل قبول هذا الادعاء وان ملكية المنافع تابعة لملكية العين، ومنافع الحر مملوكة له ملكية تكوينية، والعرف لاجلها يرونها مملوكة له بالملكية الاعتبارية.

ويمكن ان يقال ان ضمان المنافع ثابت عند العرف وان لم تكن مملوكة له ولا موردا لحقه.

ولم يردع عنه الشرع فكان ممضى عنده، ولذا اعترف سيدنا الاستاذ ﵀ في درسه وفي كتابه القيم مستمسك العروة الوثقى بان من استوفى عمل غيره فهو له ضامن وجعله قاعدة. وعليه: فمن منع حراً من عمله فهو ضامن له، فعليه أجرة المثل للعمل الممنوع والله اعلم.

الضمان في جملة من الموارد

الف ـ كتاب الوديعة

١ ـ لا يجوز تسليم ما يودعه الصبي من امواله واموال غيره بدون إذن مالكه، فان تسلّمه الودعي ضمنه، ووجب ردّ مال الطفل إلى وليّه ورد مال الغير إلى مالكه.

نعم لو خيف على ما في يد الطفل من التلف والهلاك جاز أخذه منه حسبه ووجب رده إلى الولي والمالك ولا يضمنه الآخذ حينئذ من دون تعد او تفريط.

وذلك فان الضمان في الأوّل بعد عدم العبرة برضى الطفل لقاعدة ـ الاستيلاء ووجوب الرد إلى الولي او المالك ايضا مدلل، لا اشكال فيه كما ذكرناه في الجزء الثالث من حدود الشريعة.

كما ان عدم الضمان في الذيل مستند إلى اصالة البراءة، بل إلى نفي السبيل على المحسن.

٢ ـ قيل: إذا أودع عند الصبي او المجنون مالاً لم يضمناه بالتلف، بل ولا بالإتلاف إذا لم يكونا مميزين وإلّا ضمناه بالاتلاف، ولا يضمنان بمجرد القبض، وفي ضمانهما بالتفريط والاهمال إشكال والأظهر عدم الضمان[1].

أقول: اما عدم ضمانهما بقاعدة اليد (الاستيلاء) كما في صدر المسألة وذيلها فلعدم دليل لفظي يثبت الضمان باطلاقه او عمومه عليهما، والمتيقن من القاعدة ضمان غيرهما. ولو سلم كون جملة (على اليد ما اخذت حتى ـ تؤدي) حديثا فالمنصرف منه غيرهما. على ان الودعي ـ حتى إذا كان مكلفا

---

(١) منهاج الصالحين ٢: ١٩٣ ط٢ للسيد السيستاني المسألة، ٦٨٨، ٦٨٩.

ـ لا يضمن بمجرد تلف الوديعة لمكان امانته[1] او لما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

واما قاعدة الإتلاف فلانصرافهما عن شمول مثلهما إذا كانا غير مميزين، واما مع التميز فلامكان القول بشمولهما لها لكنه غير واضح.

واما عدم استلزام اهمال المميز وتفريطه في الضمان لما عرفت من قصور قاعدة الاستيلاء فلا تمنع من الرجوع إلى البراءة بعد اقدام المالك على التسليم فتأمل[2].

٣ ـ وقيل: لو نوى التصرف في الوديعة ولم يتصرف فيها لم يضمن بمجرد النية، نعم لو نوى الغصبية بأن قصد الاستيلاء عليها والتغلب على مالكها كسائر الغاصبين ضمنها لصيرورة يده يد عدوان بعد ما كانت يد استئمان، ولو رجع عن قصده فلا يبعد زوال الضمان، واما لو جحد الوديعة أو طلبت منه فامتنع من الرد مع التمكن عقلا وشرعا ضمنها بمجرد ذلك ولم يبرأ من الضمان لو عدل عن جحوده أو إمتناعه.

أقول: لا دليل على الضمان بمجرد نية التصرف والاصل عدمه، واما الضمان بنيّته الغصبية فلانها تحقق موضوع الضمان كما أشار اليه هذا القائل ـ دام توفيقه ـ ومنه يظهر ان التصرف المنوي إذا كان من قبيل الاكل او الشرب المستلزم لتلف الوديعة كان بمنزلة نية الغصبية ظاهرا. وبالجملة الفرق بين النيتين ـ نية التصرف ونية الغصبية ـ لا يخلو عن خفاء في جملة

---

(١) في صحيح الحلبي بطريق الصدوق (ب٤ من احكام الوديعة) عن ابي عبدالله عليه السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان. وقال في رجل استأجر أجيرا فأقعده على متاعه فسرقه، قال هو مؤتمن. اقول الرواية تدل على ان المؤتمن مطلقا لا يضمن.

(٢) وذهب السيد الاستاذ الخوئي في منهاجه (ج٢/١٨٠) إلى الضمان.

من الموارد.

واما الرجوع عن القصد ففي زوال الضمان وبقائه معه وجهان من انتفاء موضوع الضمان ومن زوال الاستيلاء الاماني الأوّل وعدم ابداع جديد من قبل المالك واستصحاب الضمان، كما في فرض الامتناع والجحد.

٤ ـ لو كانت الوديعة في كيس مختوم او ما بحكمه ففتحه واخذ بعضها ضمن الجميع، بل المتجه الضمان بمجرد الفتح، واما لو لم تكن كذلك فأخذ بعضها، فان كان من قصده الاقتصار عليه فالظاهر قصر الضمان على المأخوذ دون ما بقي، واما لو كان من قصده عدم الاقتصار بل أخذ التمام شيئاً فشيئاً فلا يبعد ان يكون ضامنا للجميع[1].

فالعمدة في الضمان وعدمه صدق الاستيلاء العدواني وعدمه عرفا، ولذا لو اودعه كيسين فتصرف في احدهما ضمنه دون الآخر.

٥ ـ إذا فرّط في الوديعة ثم رجع عن تفريطه، بأن جعلها في الحرز المضبوط وقام بما يوجب حفظها او تعدى ثم رجع، كما إذا لبس الثوب ثم نزعه فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان متقدمان في الرجوع عن القصد وقيل الاوجه هو الاحتمال الثاني.

٦ ـ لو فسخ الودعي الوديعة وجب عليه ان يوصل المال فورا إلى صاحبه او وكيله او وليه أو يخبره بذلك، وإذا لم يفعل من دون عذر شرعي وتلف فهو ضامن بناء على ان مطلق الاستيلاء موجب للضمان دون الاستيلاء العدواني فقط، إلّا ان يقال ان عدم الاخبار مع ابقاء المال عنده يكون استيلاء عدوانيا. وقد ذكرنا اقسام الاستيلاء واحكامها فيما سبق.

٧ ـ قال السيد الاستاذ الخوئي في منهاجه (ج٢/١٨٠): ولو جهل

---

(١) المصدر السابق: ٢٠٠.

المالك عرف بها الودعي، فان لم يعرفه تصدق بها عنه. فان وجد ولم يرض بذلك فالاظهر عدم الضمان. ولو اجبره الغاصب على اخذها منه لم يضمن.

ب ـ كتاب العارية

٨ ـ تصح الاعارة للرهن، وإذا لم يفك الراهن الرهن فباعه المرتهن ضمنه المستعير لمالكه بما بيع به لو بيع بالقيمة، او بالاكثر وبقيمته تامة لو بيع بالأقل من قيمته، وفي ضمان الراهن العين لو تلفت بغير فك اشكال، واستظهر بعضهم عدم الضمان إلّا مع اشتراطه. لكن لو استند التلف إلى عدم فكه وكان عدم الفك تقصيرا لا يبعد الضمان.

٩ ـ العارية امانة بيد المستعير لا يضمنها لو تلفت، إلّا بالتعدي أو التفريط، نعم لو شرط الضمان ضمنها وإن لم يكن تعد وتفريط. نعم إذا كانت العين المعارة ذهباً أو فضة ضمنها إلا إذا اشترط عدم ضمانها. وذلك لصحيح زرارة وغيره[1].

ج ـ كتاب الاجارة

١٠ ـ العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر في مدة الإجارة لا يضمنها إذا تلفت او تعيبت إلّا بالتعدي والتفريط وإذا اشترط الموجر ضمانها بدونهما لا يبعد الضمان.

وقيل: إذا كان الضمان بمعنى اداء قيمتها او ارش عيبها صح، واما بمعنى اشتغال الذمة بمثلها أو قيمتها فالظاهر عدم صحة اشتراطه. ولا نفهم

---

(١) الوسائل ب٢ من احكام العارية.

له وجها متينا.

ثم الظاهر انه لا ضمان في الإجارة الباطلة إذا تلفت العين او تعييت لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

ومنه يظهر حكم الضمان في العين التي للمستأجر بيد الأجير الذي أجر نفسه على عمل فيها كالثوب الذي اخذه ليخيطه، بلا فرق.

١١ ـ كل من آجر نفسه لعمل في مال غيره إذا افسد المال ضمنه وان كان بغير قصده بل وان كان استاذا ماهرا وقد أعمل كمال النظر والدقة.

لكن إذا تبرء العامل من الضمان وقبل صاحب المال لا يبعد عدم الضمان.

د ـ كتاب الجعالة

١٢ ـ إذا اخبره مخبر بان فلاناً قال (من رد دابتي فله كذا) فردها على إخباره مع انه لم يقله، لم يستحق شيئاً لا على صاحب الدابة ولا على المخبر الكاذب، نعم لو كان قوله حجة شرعية كالبينة أو اوجب الاطمينان لديه لا يبعد ضمانه أجرة مثل عمله لقاعدة الغرور ولاحظ كتابنا الارض في الفقه إذ فيه تفصيل حول القاعدة المذكورة.

هـ ـ كتاب اللقطة

١٣ ـ لو رأى مالا ضائعا فنحاه من جانب إلى آخر من دون أخذه ضمنه، ولو دفعه برجله أو عصاه مثلا ليتعرفه فالظاهر عدم الضمان كما قيل.

اقول لم يفهم وجه الفرق بين الفرضين بعد ضعف (على اليد ما

اخذت ...) والعمدة في الضمان صدق الاستيلاء عرفا وعدمه.

١٤ ـ إذا تصدق الملتقط بها فعرف صاحبها غرم له المثل او القيمة وليس له الرجوع بالعين ان كانت موجودة، ولا الرجوع على المتصدق عليه بالمثل او القيمة ان كانت مفقودة.

اقول: يدل على الغرم بعض الروايات غير المعتبرة سنداً على الاظهر ولم اجد عاجلا خبرا يعتبر سنده. وفي معتبرة حنان عن ابي عبدالله (عليه السلام).. تعرفها سنة فان وجدت صاحبها وقال: خيّره إذا جاءك بعد سنة بين اجرها وبين ان تغرمها له إذا كنت اكلتها[1].

وهي لا تشمل المقام لاجل ذيلها. واما عدم الرجوع بالعين فلعله لاجل مانعية الصدقة عنه. وفيه تأمل[2] نعم يمكن منع رجوع الملتقط إلى عين الصدقة إن بقيت في يد الفقير لاطلاق ما دل على عدم جواز الرجوع في الصدقة وقال السيد الخوئي وغيره كما في الجواهر ان واجد اللقطة يتخير بين امور ثلاثة: تملكها مع الضمان، والتصدق بها مع الضمان وإبقائها أمانة في يده بلا ضمان (منهاجه ج٢/١٩٠) ولاحظ المطولات في وجهه حتى وإن رجع المالك عليه ببدلها.

هـ كتاب الكفالة

١٥ ـ من خلى غريما من يد صاحبه قهراً أو حيلة ضمن احضاره او اداء ما عليه من الحق، ان كان قابلاً للأداء كالدين. ولو خلّى القاتل عمداً

---

(١) الوسائل باب ٢ ح٥ من كتاب اللقطة.

(٢) فانّ ما دل على عدم جواز الرجوع في الصدقة لا يشمل المقام فلاحظ الباب ١١ من كتاب الوقوف والصدقات ج٣١٦/١٣ وما بعدها من الوسائل.

من يد ولي الدم لزمه إحضاره ويحبس لو امتنع عن ذلك، فان تعذر الاحضار لموت او غيره دفع اليه الدية.

اما المسألة الاولى فهو مذهب جمع، بل عن الرياض نفى الخلاف فيه وعن بعضهم الاجماع عليه واستدل عليه في الجواهر(١٩٨/٢٦) بامور غير قوية، ويمكن الاستدلال عليه بقاعدة العدل. واما المسألة الاخيرة فيدل عليها في الجملة صحيح حريز عن الصادق عليه السلام [١] ولاحظ ج١٩٩/٢٦ من الجواهر.

وقال جمع: للمكفول عليه حبس الكفيل ان امتنع عن احضار المكفول عنه حتى يحضره او يؤدي ما عليه ويدل عليه في الحبس رواية عمار وغياث [٢]. لكنهما لمكان الاشتراك والجهالة غير ثقتين.

١٦ ـ وفي معتبرة البقباق عن ابي عبدالله عليه السلام: رجل كفل لرجل بنفس رجل وقال: ان جئت به وإلّا عليك خمسمأة درهم. قال: عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم. فان قال: عليّ خمسمائة درهم ان لم ادفعه إليه، قال: تلزمه الدراهم ان لم يدفعه إليه (كتاب الضمان من الوسائل ب ١٠) وقريب منه رواية اخرى له في ذلك.

ولاحظ ما قيل حولهما في هامش الوسائل (ج٤٣٢/١٨) وفي الجواهر (ج١٩١/٢٦ ـ ١٩٧).

و ـ ضمان التدليس

١٧ ـ إذا فسخ الرجل النكاح باحد العيوب بعد تبين الحال له عقيب الدخول فان كان المدلس نفس المرأة لم تستحق المهر ويستعيد إذا دفعه

---

(١) الوسائل كتاب الكفالة الباب ١٥ ج٤٣٧/١٨.
(٢) المصدر ب٩ ص ٤٣٠.

اليها . وان كان المدلس غيرها فالمهر المسمى يستقر على الزوج بالدخول ولكن يحق له بعد دفعه اليها ان يرجع المدلس ، كما قيل .

ولاحظ تفصيل بحثه في بحث التدليس[١] .

ز ـ ضمان التزويج

١٨ ـ إذا زوج الاب أو الجد صغيرا ، فان لم يكن له مال حين العقد كان المهر على من زوّجه ، وان كان له مال ، فان ضمنه من زوجه كان عليه ايضا وإن لم يضمنه فهو في مال الطفل اجماعا ونصا[٢].

ح ـ ضمان السحق

١٩ ـ إذا وطيء الرجل زوجته فساحقت بكرا فحملت يلحق الولد بصاحب النطفة كما يلحق بالبكر ، وتستحق الزوجة الرجم ، والبكر الجلد . وعلى الزوجة مهر البكر إذا ذهبت بكارتها بالولادة . كما قيل .

لاحظ مادل عليه من حديث محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام ويؤيده غيره[٣] وليس فيه الحاق الولد بالبكر لكنه لا إشكال فيه ظاهرا .

وفي هذا الحديث بحث لاحظ الجواهر (ج٣٩٨/٤١ ـ ٣٩٧) وكتابنا حدود الشريعة . في مادة السحق .

وإذا ماتت البكر قبل الولادة ففيه ضمان المرأة مهر البكر بحث ، لا

---

(١) الجواهر ج٣٦٢/٣٠ ، وبعدها .

(٢) الجواهر ج١٢٥/٣١ ، والوسائل ب٢٨ من ابواب المهور .

(٣) الوسائل ١٦٨/٢٨ وما بعده ب٣ من ابواب حد السحق .

يبعد عدم الضمان.

ط ـ ضمان الزواج بعد الزفاف

٢٠ ـ تتعلق نفقة الزوجة على ذمة زوجها بعد الزفاف مع توفر ساير الشروط. واما قبله وبعد العقد فلا دليل قوي على تعلقها بها، بل السيرة تنفيه.

كا ـ ضمان الاستدانة بامر الحاكم

٢١ ـ لا تقضي ولا تتدارك نفقة الاقارب لو فاتت في وقتها وزمانها ولو بتقصير من المنفق ولا تستقر في ذمته، بخلاف نفقة الزوجة، نعم لو اخل بالانفاق الواجب عليه ورفع من له الحق امره إلى الحاكم الشرعي فاذن له في الاستدانة عليه، ففعل اشتغلت ذمته بما استدانه ووجب عليه اداؤه.

لاحظ كتابنا حدود الشريعة في ذلك. واما الاستدراك الاخير فله وجه غير بعيد.

٢٢ ـ ك ـ ضمان الوطء

لو وطأ امرأة شبهة، كان لها مهر المثل، سواء كان الوطء بعقد باطل او بلا عقد[1] لِمَا فصل في محله.

٢٣ ـ قال السيد الاستاذ الخوئي ﵀ في منهاجه (٢٥٨/٢) يصح ضمان الاعيان الخارجية بمعنى كون العين في عهدة الضامن فعلاً واثر ذلك وجوب ردها مع بقاء العين المضمونة ورد بدلها من المثل أو القيمة عند تلفها. ومن هذا القبيل ضمان شخص عهدة الثمن للمشتري إذا ظهر المبيع

---

(١) منهاج السيد الاستاذ الخوئي ج٣٨٤/٢.

مستحقة للغير أو ظهر بطلان البيع من جهة أخرى.

والضابط ان الضمان في الاعيان الخارجية بمعنى التعهد لا بمعنى الثبوت في الذمة، فهو قسم آخر من الضمان.

اقول: تقدم الكلام حوله في المطالب المذكورة في هذا الكتاب.

فوائد

١ ـ كيفية الأرش أن يقوّم الشيء صحيحاً ثم يقوّم معيبا، وتلاحظ النسبة بينهما ثم ينقص من الثمن المسمى بتلك النسبة، فاذا قوّم صحيحا بثمانية ومعيبا بأربعة وكان الثمن أربعة ينقص من الثمن، النصف وهو اثنان، وهكذا، ويرجع في معرفة قيمة الصحيح والمعيب إلى ثقات اهل الخبرة. وإذا اختلف اهل الخبرة في قيمتهما، فان اتفقت النسبة بين قيمتي الصحيح والمعيب على تقويم بعضهم مع النسبة بينهما على تقويم البعض الأخر فلا إشكال، كما إذا قوّم بعضهم الصحيح بثمانية والمعيب باربعة، وبعضهم الصحيح بستة والمعيب بثلاثة، فان التفاوت على كل من التقويمين يكون بالنصف، فيكون الأرش نصف الثمن، وإذا إختلفت النسبة كما إذا قوم بعضهم الصحيح بثمانية والمعيب باربعة، وبعضهم الصحيح بعشرة والمعيب بستة، ففيه وجوه واقوال:

فقيل ان الصحيح منها ان يؤخذ من القيمين للصحيح ـ كما في المثال ـ النصف، ومن الثلاث الثلث ومن الاربع الربع وهكذا في المعيب، ثم تلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح وبين الماخوذ للمعيب وتؤخذ بتلك النسبة وهي المثال ٩/٥ فيكون الارش ٩/٤ من الثمن المسمى[1].

---

(١) منهاج الصالحين للسيد السيستاني ج٢/٥٥/٥٦.

٢ ـ قيل: الفرق بين القيد والشرط ان متعلق الإجارة في موارد التقييد حصة خاصة مغائرة لسائر الحصص، واما في موارد الاشتراط فمتعلق الإجارة هو طبيعي العمل ولكن العقد معلق على إلتزام الطرف بتحقق أمر كالايصال في الوقت المحدد أو الاتيان بفرد معين، ولازم ذلك ان يكون التزامه بالعقد مشروطا بنفس تحقق الملتزم به، ومعنى ذلك جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم تحققه.

اقول قد مر ما يتعلق بالفرق بينهما في شرح المسالة (٢٤) من الضمان العقدي.

٣ ـ الفلزات والمعادن المنطبعة كالحديد والرصاص والنحاس كلها مثلية. وأمّا المصنوع منهما فهل يعدّ مثليا او قيميا أو انه مثلي بحسب مادته وقيمي بحسب هيئته؟ قال بعض اهل العصر: الظاهر هو التفصيل بين الموارد، فان كانت الصنعة بمثابة من النفاسة والأهمية تكون هي ـ في الاساس ـ محط انظار العقلاء ومورد رغباتهم كالمصنوعات الاثرية العتيقة جدا أو البديعية النادرة، ففي مثل ذلك يعد المصنوع قيميا، فيقوم بمادته وهيئته ويدفع الغاصب قيمته السوقية.

واما ان لم تكن كذلك فان كان يكثر وجود مثله في الصفات التي تختلف باختلاف الرغبات ـ كالمصنوع بالآلات والمعامل المعمولة في هذه الازمنة من الظروف والآلات فهو مثلي مع صنعته يضمن بالمثل مع مراعاة صنفه.

٤ ـ لو مزج الغاصب المغصوب بغيره او امتزجا في يده بغير اختيار وعدّ المزيج موجودا واحدا لا خليطا من موجودات متعددة، فان كان المزيج بجنسه وكانا متماثلين ليس احدهما اجود من الآخر ولا أردأ، تشاركا

في المجموع بنسبة ماليهما ، وليس على الغاصب غرامة بالمثل او القيمة ، بل الذي عليه هو عدم التصرف فيه إلّا برضا المغصوب منه والقبول بإفراز حصته منه ، وتسليمها إليه لو كان مطالبا بذلك كما هو الحال في سائر الاحوال المشتركة .

وإن مزج المغصوب بما هو أجود او أردء منه ، فللمغصوب منه ان يطالب الغاصب ببدل ماله وله أن يقبل بالمشاركة في الخليط بنسبة المالية ، فلو خلط لترا من الزيت الرديء قيمته خمسة دنانير بلتر من الزيت الجيد قيمته عشرة دنانير وقبل المغصوب منه الشركة كان للاول ثلث المجموع وللثاني ثلثاه .

هذا إذا مزج المغصوب بجنسه ، واما إذا مزجه بغير جنسه فان كان فيما يعدّ معه تالفا كما إذا مزج ماء الورد المغصوب بالزيت ضمن البدل ، وان لم يكن كذلك كما لو خلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير او خلط الخل بالعسل ، فالظاهر انه بحكم الخلط بالاجود او الأردأ من جنس واحد فيتخير المغصوب منه بين أخذ البدل وبين الرضا بالاشتراك في العين بنسبة المالية .

اقول : إذا قبلنا هذا التفصيل فهو ينفع في جملة من المسائل المتقدمة في هذا الكتاب .

٥ ـ قال بعض العلماء : إذا حلف الغاصب على عدم الغصب ، فان كان عن تبرع لم يسقط حق المغصوب منه في المقاصة من امواله . وان كان عن استحلاف منه ففيه قولان ، اظهرهما عدم السقوط ايضا . نعم يسقط فيما لو استحلفه الحاكم الشرعي وحكم له بعد حلفه .